

Der Anwendungsbereich des Widerspruchsverfahrens

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von
BEAT DENZLER
von Winterthur ZH

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Robert Hauser

Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich



Digitized by the Internet Archive
in 2026

Der Anwendungsbereich des Widerspruchsverfahrens

DISSERTATION

der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät
der Universität Zürich
zur Erlangung der Würde eines Doktors der Rechtswissenschaft

vorgelegt von
BEAT DENZLER
von Winterthur ZH

genehmigt auf Antrag von
Herrn Prof. Dr. Robert Hauser

Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich

Die Rechts- und staatswissenschaftliche Fakultät gestattet hierdurch die Drucklegung vorliegender Dissertation, ohne damit zu den darin ausgesprochenen Anschauungen Stellung zu nehmen.

Zürich, den 9. Juli 1986

Der Dekan:
Prof. Dr. Claudio Soliva

Die gleiche Arbeit ist im Schulthess Polygraphischer Verlag AG, Zürich, erschienen als Band 70 der Reihe
Zürcher Studien zum Verfahrensrecht
Herausgegeben von Mitgliedern der Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät der Universität Zürich

D a n k

Meinem "Doktorvater", Herrn Prof. Dr. Robert Hauser, möchte ich bestens danken für die Freiheit und Unterstützung, die er mir bei Themenwahl und Ausarbeitung dieser Dissertation gewährt hat. Dank gebührt ferner dem Bundesamt für Justiz und den zahlreichen zürcherischen Betreibungsämtern, die mir nützliche Ratschläge aus der Praxis zukommen liessen.

Ganz herzlich danken möchte ich meiner Frau Magdalena, die meine Arbeit mit grossem Verständnis begleitete. Erwähnung verdient schliesslich unser kleiner Andi, der mit seiner unbeschwerten Art zwar nicht unbedingt die Geschwindigkeit, wohl aber die gute Laune des Autors tatkräftig förderte.

* * * * *

Inhaltsverzeichnis

(Die im Inhaltsverzeichnis unter lit. a), b), aa) usw. aufgeführten Abschnitte sind im Textteil nur mit dem entsprechenden Buchstaben, nicht jedoch mit einer besonderen Ueberschrift gekennzeichnet)

Literaturverzeichnis	IX
Materialien	XV
Abkürzungen	XVI
Einleitung	1
1. Teil: <u>Das Widerspruchsverfahren im System der Verfahren zur Abklärung der Haftungsverhältnisse in der Schuldbetreibung</u>	3
§ 1 <u>Grundlagen</u>	3
1. Schuld und Haftung	3
2. Haftung im besonderen	6
2.1. Grundsatz	6
2.2. Ausnahmen	8
2.2.1. Haftungsbeschränkungen	8
2.2.1.1. Materiellrechtliche Haftungsbeschränkungen	8
2.2.1.2. Betreibungsrechtliche Haftungsbeschränkungen	10
a) Unpfändbarkeit	11
b) Beschränkte Pfändbarkeit	11
2.2.1.3. Indirekt-materiellrechtliche Haftungsbeschränkungen	12
2.2.1.4. Vertragliche Haftungsbeschränkungen	17
2.2.2. Dritthaftung	20
3. Der Einfluss dinglicher Rechte auf die Haftungsverhältnisse	22
3.1. Dingliche Rechte Dritter	22
3.2. Sicherungsrechte	24

§ 2 <u>Die Verfahren zur Abklärung der Haftungsverhältnisse im Rahmen der Betreibung auf Pfändung und auf Pfandverwertung</u>	26
1. Allgemeines	26
2. Die einzelnen Verfahren	28
2.1. Prüfung der Zugehörigkeit eines Vermögensobjektes zum Haftungssubstrat	28
2.1.1. Kompetenz der Gerichte (Widerspruchsverfahren)	28
2.1.2. Kompetenz der Betreibungsbehörden	30
a) Pfändung von Grundstücken, die auf den Namen eines Dritten eingetragen sind	31
b) Offensichtliches Dritteigentum	32
c) Arrestbetreibung	35
d) Einleitung des Widerspruchsverfahrens von Amtes wegen	36
2.2. Prüfung von Haftungsbeschränkungen	37
a) Betreibungsrechtliche und indirekt-materiellrechtliche Haftungsbeschränkungen	37
b) Materiellrechtliche Haftungsbeschränkungen	37
2.3. Prüfung von Haftungsprivilegien	42
2.4. Prüfung von Dritthaftungsverhältnissen	44
a) Drittpfandrecht	44
b) Retentionsrecht	47
c) Gütergemeinschaft	48
3. Verhältnis der einzelnen Verfahren zueinander	48
2. Teil: <u>Begriff und Verfahrensabschnitte des Widerspruchsverfahrens</u>	
§ 3 <u>Begriff</u>	52
a) Bezeichnung	52
b) Begriffsbildung	52
c) Keine Einleitung von Amtes wegen	55
d) Zeitlicher Ablauf	56

§ 4 <u>Verfahrensstufen</u>	59
a) Vorverfahren	59
b) Widerspruchsprozess	60
3. Teil: <u>Anwendungsbereich des Widerspruchsverfahrens</u> <u>im besonderen</u>	62
§ 5 <u>Notwendigkeit und Zweckmässigkeit des</u> <u>Widerspruchsverfahrens</u>	62
1. Problemstellung	62
2. Rechte, die der Zwangsvollstreckung vorgehen	63
a) Nicht betreibungsrechtliche Rechte	63
b) Materiellrechtliche Betrachtungsweise	63
c) Absolute und realobligatorische, nicht obligatorische Rechte Dritter	65
d) Mögliche Rechtsobjekte	68
e) Problematik der Nichtberücksichtigung obligatorischer Rechte	69
3. Gutgläubiger Rechtserwerb vom Nichtberechtigten	70
a) Sachenrecht	71
b) Forderungen	71
c) Immaterialgüterrecht	72
4. Lösung	72
§ 6 <u>Rechte, die eine Zwangsvollstreckung ausschliessen</u>	74
1. Eigentum	74
a) Allgemeines	74
b) Zivilrechtliche Betrachtungsweise; fiduziarisches Eigentum	74
c) "Durchgriff" bei juristischen Personen	76
d) Bedeutung und Beispiel	78

2. Gläubigerrecht an Forderungen	79
2.1. Gewöhnliche Forderungen	79
a) Zulässigkeit des Widerspruchsverfahrens	79
b) Zweckmässigkeit	80
c) Kein Entscheid über den Bestand der Forderung	82
d) Verhältnis Pfändung / Abtretung	83
e) Rechtsstellung des Drittschuldners; insbesondere zur Hinterlegung des streitigen Forderungsbetrages	86
f) Bedeutung und Beispiel	89
2.2. Lohnforderungen	90
a) Bundesgerichtspraxis	90
b) Begründung dieser Praxis	91
c) Kritik	92
d) Zweckmässigkeitsüberlegungen	95
e) Unzulänglichkeiten des Ersatzverfahrens	95
f) Lösung: Widerspruchsverfahren bei Lohnforderungen	95
3. Immaterialgüterrechte	97
a) Pfändbarkeit	97
b) Widerspruchsverfahren	99
c) Sonderfall: Registrierte Lizenzen	99
d) Bedeutung und Beispiel	100
4. Vermögenszugehörigkeit bei Haftungsbeschränkungen	100
a) Grundlegung	100
b) Regelungsmechanismus	101
c) Einzelne Fälle	102
aa) Eheliches Güterrecht	102
bb) Kindesrecht	106
cc) Vormundschaftsrecht	106
d) Bedeutung und Beispiel	107
5. Anspruchsberechtigung bei Versicherungen	107
a) Fällige Ansprüche	107
b) Nicht fällige Ansprüche	108
c) Zum versicherungsrechtlichen Institut der Begünstigung	109
d) Widerspruchsverfahren bei strittiger Begünstigung	111
e) Pfandrecht und Begünstigung	113

f) Bedeutung und Beispiel	114
6. Legalzession und Aussonderungsrecht	
nach Art. 401 OR	115
a) Grundlegung	115
b) Berücksichtigung in der Betreuung auf Pfändung und Pfandverwertung	116
c) Widerspruchsverfahren	119
d) Materiellrechtliche Fragen	119
e) Bedeutung und Beispiel	122
§ 7 <u>Rechte, die die Zwangsvollstreckung einschränken</u>	123
1. Pfandrechte	123
a) Anwendbarkeit des Widerspruchsverfahrens	123
b) Berücksichtigung in der Zwangsvoll- streckung	124
c) Akzessorietätsprinzip	129
d) Pfandrechte zur Sicherung künftiger, befristeter und bedingter Forderungen	131
e) Drittpfandrechte	133
f) Mögliche Pfandobjekte	135
g) Abklärung der Rangfolge	136
h) Öffentlichrechtliche Sicherungsrechte	137
i) Lastenbereinigungsverfahren bei Grund- pfandrechten	138
j) Bedeutung und Beispiel	138
2. Andere beschränkte dingliche Rechte	139
a) Grundlegung	139
b) Anwendbarkeit des Widerspruchsverfahrens; Ausnahme: gesetzliche Dienstbarkeiten	140
c) Berücksichtigung in der Zwangs- vollstreckung	142
aa) Grundstücksverwertung; insbesondere zum Doppelaufwurf	142
bb) Verwertung von Fahrnis	146
d) Bedeutung	147
3. Realobligationen	148
a) Grundlegung	148
b) Berücksichtigung in der Zwangs- vollstreckung	149

c) Patentreizenzen	150
d) Vorkaufsrecht und Zwangsverwertung	150
e) Bedeutung und Beispiel	152
 § 8 <u>Sonderfälle</u>	 153
 1. Gemeinschaftliches Eigentum	 153
a) Begriff und Arten	153
b) Berücksichtigung in der Zwangs- vollstreckung	154
c) Anwendungsfälle des Widerspruchs- verfahrens	157
d) Bedeutung und Beispiel	159
2. Eigentumsvorbehalt	160
a) Begriff und Funktion	160
b) Berücksichtigung in der Betreuung gegen den Käufer	163
aa) Vorverfahren	163
bb) Widerspruchsverfahren	163
cc) Deckungsprinzip	164
dd) Rücktrittsrecht des Verkäufers	164
ee) Kritik an der Verfahrensregelung	165
c) Berücksichtigung in der Betreuung gegen den Veräußerer	166
d) Weitere Anwendungsfälle des Wider- spruchsverfahrens	167
e) Bedeutung des Zeitpunktes des Registereintrags	167
f) Bedeutung und Beispiel	168
3. Retentionsrecht des Vermieters	170
a) Grundlegung	170
b) Retentionsbetreuung	171
aa) Bestreitung des Retentionsrechtes durch den Mieter	171
bb) Bestreitung durch den Dritteigentümer	171
cc) Bestreitung durch den Inhaber eines beschränkten dinglichen Rechtes	175
dd) Bestreitung durch den Veräußerer im Falle eines Eigentumsvorbehaltes	176

c) Vermieter als Drittansprecher	178
d) Bedeutung und Beispiel	179
4. Zugehørsqualität	180
a) Grundlegung	180
b) Zwangsverwertung des Grundstückes	181
c) gesonderte Pfändung von Zugehör	183
d) Bedeutung	185
5. Anfechtbarkeit nach Art. 285 ff. SchKG	186
a) Grundlegung	186
b) Unzulässigkeit der Anfechtungseinrede im Widerspruchsverfahren	186
c) Anfechtungs-Widerklage	193
d) Widerspruchsverfahren über die Gültig- keit einer Verfügungsbeschränkung zur Sicherung eines Anfechtungsanspruchs	194
e) Bedeutung	194
6. Weiterhaftung nach ehelichem Güterrecht	195
a) Grundlegung	195
b) Prüfung der Weiterhaftung	196
aa) Mitverpflichtung nach Art. 188 Abs. 2 ZGB	196
bb) Weiterhaftung nach Art. 188 Abs. 1 ZGB	196
c) Bedeutung	198
§ 9 <u>Weitere Fragen</u>	199
1. Nicht behandelte Fälle	199
a) Allgemeines	199
aa) Rechte ohne praktische Bedeutung	199
bb) erbrechtliche Ansprüche	199
cc) nie aktuell gewordene Drittrechte	202
b) Zum "besseren Recht auf Besitz"	202
2. Drittansprachen und Kognition des Betreibungs- amtes	203
a) Keine Kognition bezüglich der materiellen Berechtigung des Drittansprechers	203
b) Kognition im Hinblick auf die Anwend- barkeit des Widerspruchsverfahrens	204
c) Kognition in Grenzfällen	206

3. Die Sonderregelung von Art. 108 SchKG	208
a) Verhältnis von Widerspruchs- und Besitzesrechtsklage	208
b) Freihandverkauf als "öffentliche Steigerung"	211
Anhang: <u>Gesetzesrevisionen</u>	212
1. Teilrevision des SchKG's	212
a) Vorgeschichte	212
b) Allgemeine Grundzüge des Entwurfs	213
c) Regelung des Widerspruchsverfahrens	215
d) Zum Anwendungsbereich des Widerspruchs- verfahrens im besonderen	218
2. Eherechtsrevision	221
a) Vorgeschichte	221
b) Auswirkungen auf das Widerspruchsver- fahren	221

L i t e r a t u r v e r z e i c h n i s :

(in Klammer: Zitierweise; weitere Literaturhinweise im Text)

- | | |
|---|---|
| AMONN Kurt | Grundriss des Schuldbetreibungs- und Konkursrechts, 3. Aufl., Bern 1983 (Amonn) |
| derselbe | Ausgewählte Probleme der Zwangsverwertung von Grundstücken, in BLSchK 49 (1985) S. 1 ff. und S. 41 ff. (Amonn, Zwangsverwertung) |
| BERZ Hans Peter | Der paulianische Rückerstattungsanspruch, Diss. Zürich 1960 (Berz) |
| Betreibungsinspektorat des Kantons Zürich | Mustersammlung für den Betreibungsbeamten und Gemeindeammann/ Stadtammann im Kanton Zürich, herausgegeben von Karl MEILI und Eduard BRAND, Zürich 1983 (Mustersammlung) |
| BISANG Raymond | Die Zwangsverwertung von Anteilen an Gesamthandschaften, Diss. Zürich 1978 (Bisang) |
| BLUMENSTEIN Ernst | Handbuch des Schweizerischen Schuldbetreibungsrechtes, Bern 1911 (Blumenstein) |
| BOESCHENSTEIN Bruno | Das Widerspruchsverfahren, in BLSchK 21 (1957) S. 161 - 174; 22 (1958) S. 1 - 12 (Böschenstein) |
| BRAND Ernst | Betreibung auf Pfandverwertung, SJK 991 (Brand) |
| derselbe | Verwertung gepfändeter Grundstücke, SJK 989 (Brand, Verwertung) |
| derselbe | Die Anfechtungsklage, in ZSR NF 62 (1943) S. 182 ff. (Brand, Anfechtung) |
| derselbe | Anfechtungsklage, 2 Teile, SJK 742/3 (Brand, SJK 742/3) |
| BRUEGGER Erwin | Die schweizerische Gerichtspraxis im Schuldbetreibungs- und Konkursrecht, Adligenswil 1984 (Brügger) |
| BUERGI Johann | Das Widerspruchsverfahren nach Art. 106 bis 109 SchKG, in BLSchK 10 (1946) S. 1 - 15, 33 - 53 (Bürgi) |

- EICHENBERGER Rolf Das Retentionsrecht des Vermieters und Verpächters mit besonderer Berücksichtigung des Schuldbetreibungs- und Konkursrechtes; in BlSchK 36 (1972) S. 65 ff. (Eichenberger)
- FAVRE Antoine droit des poursuites, 2. Aufl., Fribourg 1966 (Favre)
- FEHLMANN Ulrich Die Einflüsse des Sachenrechts auf Pfändung und Verwertung, Diss. Zürich 1976 (Fehlmann)
- FRITZSCHE Hans Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, 2 Bände, 2. Aufl. (1967/68), unveränderter Nachdruck, Zürich 1975 (Fritzsche I/II)
- FRITZSCHE Hans / WALDER-BOHNER Hans Ulrich Schuldbetreibung und Konkurs nach schweizerischem Recht, Bd. 1, 3. Aufl., Zürich 1984 (Fritzsche/Walder)
- GAUCH Peter / SCHLUEP Walter / JÄEGGI Peter Schweizerisches Obligationenrecht, Allgemeiner Teil, Bd. I, 3. Aufl., Zürich 1983 (Gauch/Schluep/Jäggi)
- GAUTSCHI Georg Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Der einfache Auftrag, 3. Aufl., Bern 1971 (Gautschi)
- derselbe Subrogation und Aussonderung von beweglichem Treuhandvermögen, in SJZ 72 (1976) S. 317 ff. (Gautschi, Subrogation)
- GICK-Schläpfer Carlo Die Mitwirkungspflichten von Drittpersonen im schweizerischen Pfändungs- und Arrestverfahren, Diss. Zürich 1980 (Gick)
- GOETZINGER Friedrich Die Lastenbereinigung; in BlSchK 6 (1942) S. 97 ff. (Goetzinger)

- GULDENER Max Schweizerisches Zivilprozessrecht, 3. Aufl., Zürich 1979 (Guldener)
- derselbe Ueber dispositives Recht im zürcherischen Zivilprozess und eidgenössischen Betreibungsrecht, in ZSR NF 65 (1946) S. 135 ff. (Guldener, dispositives Recht)
- derselbe Zwangsvollstreckung und Zivilprozess, in ZSR NF 74 (1955) S. 10 ff. (Guldener, Zwangsvollstreckung)
- HAAB Robert / SIMONIUS August / SCHERRER Werner / ZOBL Dieter Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Eigentum, Zürich 1977 (Haab/Simonius/Scherrer/Zobl)
- HANGARTNER Walter Die Gläubigeranfechtung im schweizerischen Recht, Zürcher Diss., Aarau 1929, (Hangartner)
- HAUSER Robert Die Zürcherische Rechtspflege im Wandel 1831-1981, in ZR 80 (1981) S. 257 ff. (Hauser)
- HOFSTETTER Josef Der Auftrag und die Geschäftsführung ohne Auftrag, in "Schweizerisches Privatrecht" Bd. VII/2, Basel und Stuttgart 1979, S. 1 ff. (Hofstetter)
- HOLLIGER Paul Die Lastenbereinigung in der Spezialexécution, in BlSchK 15 (1951) S. 67 ff., 16 (1952) S. 1 ff. (Holliger)
- JAEGER Carl Das Bundesgesetz betreffend Schuldbetreibung und Konkurs (Kommentar), 2 Bände, 3. Aufl., Zürich 1911 (Jaeger)
- derselbe Kommentar zum BG über den Versicherungsvertrag, Bd. III, Bern 1933 (Jaeger, VVG)
- JAEGER Carl / DAENIKER Marta Schuldbetreibungs- und Konkurspraxis der Jahre 1911 - 1945, 2 Bände, Zürich 1947 (Jaeger/Daeniker)
- JAEGER Carl / DAENIKER Marta / WALDER Hans Ulrich Taschenausgabe der schuldbetreibungsrechtlichen Erlasse mit Anmerkungen und Hinweisen, 10. Aufl., Zürich 1979 (Jaeger/Daeniker/Walder)

- KOENIG Willy Schweizerisches Privatversicherungsrecht, 3. Aufl., Bern 1967 (Koenig)
- KOLLBRUNNER Christian Der Zeitpunkt des Eintrages des Eigentumsvorbehaltes, Diss. Zürich 1971 (Kollbrunner)
- LEEMANN Hans Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Sachenrecht, II. Abt., Zürich 1925 (Leemann)
- LEMP Paul Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, 1. Abt., 2. Halbband (Art. 159 - Art. 251 ZGB), Bern 1963 (Lemp)
- LENHARD Hans Widerspruchsverfahren und Widerspruchsklage nach den Bestimmungen des Bundesgesetzes vom 11. April 1889 über Schuldbetreibung und Konkurs, Berner Diss., Zürich 1945 (Lenhard)
- LEUCH Georg Die Bedeutung des betreibungsrechtlichen Widerspruchsverfahrens um Forderungen; in ZBJV 76 (1940) S. 1 ff. (Leuch)
- LIVER Peter Das Eigentum; in "Schweizerisches Privatrecht" Bd. V/1, Basel und Stuttgart 1977, S. 1 ff. (Liver)
- MAURER Alfred Einführung in das schweizerische Privatversicherungsrecht, Bern 1976, (Maurer)
- MEIER-HAYOZ Arthur Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, 1. Abt., 1. Teilbd., 5. Aufl., Bern 1981; Grundeigentum II, 3. Aufl., Bern 1975 (Meier-Hayoz)
- MUELLER Viktor Das Treuhandverhältnis unter Berücksichtigung aktueller Fragen aus dem Sachen- und Zwangsvollstreckungsrecht; in ZBGR 1974 S. 257 ff. (Müller)
- MUSTERSAMMLUNG siehe Betreibungsinspektorat des Kantons Zürich
- OFTINGER Karl /
BAER Rolf Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Fahrnispfand, 3. Aufl., Zürich 1981 (Oftinger/Bär)

- PEDRAZZINI Wilhelm Die Widerspruchsklage nach dem Bundesgesetz über Schuldbetreibung und Konkurs vom 11. April 1889, Diss. Freiburg 1895 (Pedrazzini)
- PIOTET Paul Dienstbarkeiten und Grundlasten; in "Schweizerisches Privatrecht" Bd. V/1, Basel und Stuttgart 1977, S. 519 ff. (Piotet)
- REY Heinz Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Die Dienstbarkeiten und Grundlasten, 1. Teilband, Lieferung 1, Bern 1981 (Rey)
- REYMOND Claude Gebrauchsüberlassungsverträge, in "Schweizerisches Privatrecht" Bd. VII/1, S. 199 ff., Basel und Stuttgart 1977 (Reymond)
- RUETTIMANN Paul Die Ehefrau als Betriebene; in BLSchK 38 (1974) S. 161 ff. (Rüttimann)
- SCELLENBERG Claus Die Rechtsstellung des Dritteigentümers in der Betreibung auf Pfandverwertung, Diss. Zürich 1968 (Schellenberg)
- SCHLATTER Ernst Die Aenderung und Aufhebung des Güterstandes in ihren Wirkungen auf die Rechte Dritter, Diss. Zürich 1952 (Schlatter)
- SCHMID Emil Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch; Das Obligationenrecht; Teilband V 2b (Miete, Pacht, Leihe), Zürich 1977 (Schmid)
- SCHNYDER VON WARTENSEE Marguerite Einschränkung und Wegbedingung der Haftung und ihre Grundlagen, Diss. Zürich 1945 (Schnyder von Wartensee)
- SCHOENENBERGER Wilhelm / JAEGGI Peter Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, V. Band, Obligationenrecht, Teilband V 1a, Zürich 1973 (Schönenberger/Jäggi)
- SCHWARTZ Paul Die Bedeutung von Treu und Glauben im Prozess- und Betreibungsverfahren nach der bundesgerichtlichen Rechtsprechung; in Festschrift zum 70. Geburtstag von Max Guldener, Zürich 1973, S. 291 ff. (Schwartz)

- SCHWARZENBACH François Der Eigentumsvorbehalt -- Seine Bedeutung im Abzahlungsgeschäft und in der Zwangsvollstreckung des Schweizerischen Rechts, Zürcher Diss., Rüschlikon 1967 (Schwarzenbach)
- STARK Emil W. Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Sachenrecht, 2. Aufl., Bern 1984 (Stark)
- STOCKER Werner Widerspruchsverfahren, 2 Teile, SJK Nr. 985 und 986 (Stocker I und II)
- derselbe Betreibung der Ehefrau, SJK Nr. 286 (Stocker, Ehefrau)
- STRAEULI Hans /
MESSMER Georg Kommentar zur Zürchersichen Zivilprozessordnung, 2. Aufl. Zürich 1982 (Sträuli/Messmer)
- TROLLER Alois Immaterialgüterrecht, 2 Bände, Basel und Frankfurt, Bd. I 3. Aufl. 1983, Bd. II 2. Aufl. 1971 (Troller I/II)
- derselbe Zwangsverwertung von Immaterialgütern, in BlSchK 33 (1969) S. 33 ff. (Troller, Zwangsverwertung)
- TUOR Peter /
SCHNYDER Bernhard Das Schweizerische Zivilgesetzbuch, 9. Aufl., Zürich 1975, Nachdruck 1979 (Tuor/Schnyder)
- VON TUHR Andreas /
PETER Hans Allgemeiner Teil des Schweizerischen Obligationenrechts, 1. Bd., 3. Aufl., Zürich 1979 (von Tuhr/Peter)
- VON TUHR Andreas /
ESCHER Arnold selber Titel, 2. Bd., 3. Aufl., Zürich 1974 (von Tuhr/Escher)
- WAGNER Walter Fragen aus dem Gebiete der Widerspruchsklage, Zürcher Diss., Luzern 1942 (Wagner)
- WALDER-BOHNER
Hans Ulrich Fragen der Arrestbewilligungspraxis: insbesondere im Zusammenhang mit der Verarrestierung von Vermögenswerten bei Banken, Schriften zum Bankwesen Bd. 25, Zürich 1982 (Walder, Arrestbewilligung)
- derselbe Lohnabtretung und Zwangsvollstreckung, Zürich 1975 (Walder, Lohnabtretung)

ZOBL Dieter

Kommentar zum Schweizerischen
Zivilgesetzbuch, Das Fahrnispfand,
Bern 1982 (Zobl)

M a t e r i a l i e n

Botschaft Eherecht

Botschaft über die Aenderung des
Schweizerischen Zivilgesetzbuches
(Wirkungen der Ehe im allgemeinen,
Ehegüterrecht und Erbrecht); in
BB1. 1979 II S. 1101 ff.

rev. ZGB

Schweizerisches Zivilgesetzbuch
(Wirkungen der Ehe im allgemeinen,
Ehegüterrecht und Erbrecht);
Aenderung vom 5. Oktober 1984;
publiziert in BB1. 1984 III S. 19
ff.

VE SchKG

Vorentwurf der Expertenkommission
für die Gesamtüberprüfung des SchKG
an das Eidgenössische Justiz- und
Polizeidepartement vom Dezember
1981; erhältlich beim Bundesamt für
Justiz, 3003 Bern

Bericht

Bericht zum Vorentwurf der Exper-
tenkommission für die Gesamtüber-
prüfung des SchKG an das Eidgenös-
sische Justiz- und Polizeideparteme-
nt vom Dezember 1981; erhältlich
beim Bundesamt für Justiz, 3003
Bern

A b k ü r z u n g e n

a.A.	anderer Ansicht
a.a.O.	Am angeführten Ort
Abs.	Absatz
Abt.	Abteilung
AG	Aktiengesellschaft
a.M.	anderer Meinung
Anl. VZG	Anleitung über die bei der Zwangs- verwertung von Grundstücken zu er- richtenden Aktenstücke (Vo des Bun- desgerichts vom 7. Oktober 1920/ 29. November 1976; publiziert bei Jaeger/Daeniker/Walder S. 400 ff.)
Anm.	Anmerkung
Art.	Artikel
Aufl.	Auflage
BB1.	Bundesblatt
Bd.	Band
BG	Bundesgesetz
BGE	Bundesgerichtsentscheid (zitiert nach der amtlichen Sammlung)
BlSchK	Blätter für Schuldbetreibung und Konkurs
Bsp.	Beispiel
BV	Bundesverfassung der Schweizeri- schen Eidgenossenschaft vom 29. Mai 1874 (SR 101)
bzw.	beziehungsweise
ders.	derselbe
Diss.	Dissertation
E.	Erwägung(en)
EGG	BG über die Erhaltung des bäuer- lichen Grundbesitzes vom 12. Juni 1951 (SR 211.412.11)
f.	und folgende
ff.	und fortfolgende
Form.	Formular
gl.A.	gleicher Ansicht
gl.M.	gleicher Meinung
GS	Zürcher Gesetzessammlung 1981
GVG	Gerichtsverfassungsgesetz

insb.	insbesondere
KV	Kantonsverfassung
lit.	litera
m.E.	meines Erachtens
NF	Neue Folge
OR	BG betreffend die Ergänzung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Fünfter Teil: Obligationenrecht) vom 30. März 1911 (SR 220)
N.	(Fuss-/Rand-)Note
Nr.	Nummer
PatG	BG betreffend die Erfindungspatente vom 25. Juni 1954 (SR 232.14)
Pr.	Die Praxis des Bundesgerichtes
Rz.	Randziffer
S.	Seite
SchKG	BG über Schuldbetreibung und Kon- kurs vom 11. April 1889 (SR 281.1)
SJZ	Schweizerische Juristen-Zeitung
sog.	sogenannt
SR	Systematische Sammlung des Bundes- rechts
StGB	Schweizerisches Strafgesetzbuch vom 21. Dezember 1937 (SR 311.0)
SVG	BG über den Strassenverkehr vom 19. Dezember 1958 (SR 741.01)
syst.	systematisch
usw.	und so weiter
VBG	Vo betreffend die Pfändung, Arre- stierung und Verwertung von Versi- cherungsansprüchen nach dem BG vom 2. April 1908 über den Versiche- rungsvertrag vom 10. Mai 1910 (SR 281.51)
VE	Vorentwurf
VE SchKG	vgl. Materialien
vgl.	vergleiche
Vo	Verordnung
VV	Vollziehungsverordnung
VVAG	Vo des Bundesgerichts über die Pfändung und Verwertung von Antei- len an Gemeinschaftsvermögen vom 17. Januar 1923 (SR 281.41)

VVG		BG über den Versicherungsvertrag vom 2. April 1908 (SR 221.229.1)
VZG		Vo des Bundesgerichts über die Zwangsverwertung von Grundstücken vom 23. April 1920 (SR 281.42)
ZBJV		Zeitschrift des Bernischen Juristenvereins
z.B.		zum Beispiel
ZBGR		Zeitschrift für Beurkundungs- und Grundbuchrecht
ZGB		Schweizerisches Zivilgesetzbuch vom 10. Dezember 1907 (SR 210)
ZH		Kanton Zürich
zit.		zitiert
ZPO		Zivilprozessordnung
ZSR		Zeitschrift für Schweizerisches Recht

* * * * *

E i n l e i t u n g

Die recht zahlreichen Monographien über das Widerspruchsverfahren befassen sich vornehmlich mit rein verfahrensrechtlichen Fragen wie beispielsweise jenen nach der Parteirollenverteilung, dem Gerichtsstand und der Beweislast. Grossen Raum nimmt sodann jeweils die theoretische Auseinandersetzung mit der Rechtsnatur der Widerspruchsklage ein. Zumeist nur knapp behandelt ist dagegen die Frage nach dem Anwendungsbereich des Widerspruchsverfahrens. Hier setzt die vorliegende Arbeit ein.

Mit der thematischen Begrenzung auf den Anwendungsbe-
reich habe ich gleichzeitig eine erweiterte Fragestellung
verbunden; dies aus folgendem Grund: Das Widerspruchsver-
fahren ist ein wichtiges Bindeglied zwischen materiellem
Recht und Vollstreckungsrecht. Als solches erscheint es mir
besonders geeignet, an seinem Beispiel das oft komplexe Ver-
hältnis der beiden Rechtsgebiete zueinander darzustellen.
Dieses Verhältnis zu untersuchen, ist letztlich mein Ziel.

Die Arbeit ist in drei Teile gegliedert:

- Im ersten Teil grenze ich das Widerspruchsverfahren
von andern Verfahren zur Abklärung der Haftungsverhältnisse
im Rahmen der Schuldbetreibung ab.

- Der zweite Teil dient der Begriffsbildung und ver-
mittelt einen gerafften Ueberblick über die einzelnen Ver-
fahrensstufen.

- Im dritten Teil behandle ich die einzelnen Rechte,
die Gegenstand eines Widerspruchsverfahrens bilden können.
Dabei beschränke ich mich nicht darauf, zu prüfen, ob ein
bestimmtes Recht in seinen Anwendungsbereich falle. Als Kon-
sequenz der umschriebenen Fragestellung untersuche ich viel-
mehr jeweils auch, wie das fragliche Recht in der Zwangs-

vollstreckung zu berücksichtigen ist und wie sich die gegensätzlichen Interessen der am jeweiligen Rechtsverhältnis Beteiligten am besten wahren lassen. Gelegentlich setze ich mich ferner mit Fragen der Pfändbarkeit auseinander und schliesslich weise ich regelmässig -- ohne dass Vollständigkeit angestrebt wäre -- auf verfahrens- und materiellrechtliche Probleme hin, die sich im Laufe des Widerspruchsverfahrens ergeben können. Nur am Rande behandle ich die Fragen rund um den Gewahrsam. Sie sind in den bestehenden Werken ausführlich erörtert. Im übrigen dienen die nach wie vor sehr zahlreichen Beschwerden gegen die Pareirollenverteilung nur allzu oft allein dazu, eine hängige Betreibung hinauszuzögern; denn im nachfolgenden Prozess kommt dieser nur eine untergeordnete Bedeutung zu.

Die Arbeit ist namentlich im dritten Teil mit vergleichsweise wenigen Ueberschriften versehen. Um dem Leser das gezielte Auffinden einzelner Stellen zu erleichtern, habe ich ihr ein detailliertes Inhaltsverzeichnis vorangestellt. Die dort unter lit. a), b), aa) usw. aufgeführten Abschnitte sind im Text nur mit den jeweiligen Buchstaben, nicht jedoch mit Titeln versehen.

Ich habe diese Arbeit im Juli 1985 abgeschlossen. Rechtsprechung und Literatur sind bis zum 30. Juni 1985 berücksichtigt.

1. Teil: Das Widerspruchsverfahren im System der Verfahren zur Abklärung der Haftungsverhältnisse in der Schuldbetreibung

§ 1 Grundlagen

1. Schuld und Haftung

Unter Schuld versteht man eine rechtlich durchsetzbare Pflicht zur Leistung (1).

Hauptinhalt jeder Schuld bildet die Pflicht des Schuldners, dem Gläubiger eine bestimmte Leistung zu erbringen. Zum Inhalt der Schuld gehört nach heute üblicher Auffassung sodann die rechtliche Durchsetzbarkeit (2). Durch dieses Kriterium lässt sich die "echte" Schuld von der unvollkommenen Obligation abgrenzen, welche zwar Rechtsgrund für eine Leistung bilden, nie aber gegen den Willen des Schuldners erzwungen werden kann (3).

Rechtliche Durchsetzbarkeit bedeutet:

- a) dass der Gläubiger die Möglichkeit hat, an eine Instanz -- es wird sich in der Regel um ein Gericht handeln -- zu gelangen, welche verbindlich über Bestand, Inhalt und Umfang der Schuld befinden kann (4);

-
- 1) Forderung ist ein ebensolches Recht auf Leistung. Beide Begriffe umschreiben den selben Sachverhalt, "Schuld" aus der Sicht des Schuldners, "Forderung" aus der Sicht des Gläubigers; vgl. Gauch/Schluep/Jäggi S. 17 N. 82; Schönenberger/Jäggi, Vorbemerkungen vor Art. 1 OR N. 10; von Tuhr/Peter S. 17.
- 2) Gauch/Schluep/Jäggi S. 11 ff.; Schönenberger/Jäggi, Vorbemerkungen vor Art. 1 OR N. 37; Amonn S. 17 N. 2 und 4; Fritzsche/Walder S. 4; vgl. auch von Tuhr/Peter S. 17 bei N. 49.
- 3) z.B. Spiel- und Wettschulden (Art. 513 OR); vgl. von Tuhr/Peter S. 32 ff.; Amonn S. 17 N. 3.
- 4) Privatrechtliche Forderungen kann der Gläubiger klageweise geltend machen. Dieses Klagerecht ist Ausfluss des ma-

- b) dass er seinen Anspruch nötigenfalls gegen den Willen des Schuldners vollstrecken lassen kann (5).

Vollstreckbar ist ein Anspruch nur dann, wenn jemand in irgend einer Art und Weise für die Erfüllung einzustehen hat. Dieses "Einstehen-Müssen" umschreibt der Begriff der Haftung (6). Aus dem Wesen der Schuld als rechtlich durchsetzbare und damit vollstreckbare Pflicht zur Leistung

teriellen Rechts. Ein zum materiellen Anspruch hinzutretendes, im Prozessrecht wurzelndes Klagerecht ist dem geltenden Recht fremd; vgl. BGE 86 II 44 f., Gauch/Schluep/Jäggi S. 11 f., von Tuhr/Peter S. 15, Amonn S. 19 N. 10. Bei auf öffentlichem Recht beruhenden Forderungen wird sich ein klageweises Vorgehen in aller Regel erübrigen. Hier kann das zuständige Organ den Schuldner durch Verfügung einseitig zu einer bestimmten Leistung verpflichten; vgl. dazu Imboden Max / Rhinow René A., Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung, Bd. I, 5. Aufl., Basel und Stuttgart 1976, S. 213 ff.. Vorbehalten bleiben die Fälle der ursprünglichen Verwaltungsgerichtsbarkeit; vgl. dazu Gygi Fritz, Bundesverwaltungsrechtspflege, Bern 1979, S. 24 f..

- 5) Nur ausnahmsweise, so im Falle erlaubter Selbsthilfe (Art. 52 Abs. 3 OR) und bei vertraglich vereinbarter privater Pfandverwertung, darf der Gläubiger einen Anspruch ohne behördliches Verfahren selbst vollstrecken; ansonsten ist er auf staatliche Mitwirkung angewiesen; Schönenberger/Jäggi, Vorbemerkungen vor Art. 1 OR N. 56., Amonn S. 18 f. N. 8.

Unter Umständen kann bereits ein gutheissendes Urteil den vom Kläger angestrebten Erfolg vollumfänglich herbeiführen, so bei reinen Gestaltungsurteilen (vgl. dazu Steiner Rolf, Das Gestaltungsrecht, Diss. Zürich 1984, S. 69; Guldener S. 213), ferner bei Urteilen, die eine vom Schuldner verweigerte Willenserklärung ersetzen (vgl. § 308 Abs. 1 ZPO ZH). Diesfalls erübrigt sich eine Zwangsvollstreckung.

- 6) Der Begriff "Haftung" ist vieldeutig. Neben der Bedeutung als Schuldhafung, wie er den vorliegenden Ausführungen zugrunde liegt, kann "Haftung" auch Schadenersatzpflicht, Garantie für Mängel, mitunter gar "Schuld" bedeuten; Gauch/Schluep/Jäggi S. 20 N. 104 ff.; Schönenberger/Jäggi, Vorbemerkungen vor Art. 1 OR N. 58. Dennoch erachte ich es nicht für nötig, einen neuen Begriff einzuführen. Es entspricht guter schweizerischer Rechtstradition, allgemein gebräuchlichen Ausdrücken keine rein rechtstechnische Bedeutung beizulegen. Der Mangel an begrifflicher Schärfe wird dabei durch den Verzicht auf eine "Begriffsjurisprudenz" mehr als nur aufgewogen.

folgt, dass die Haftung zum Inhalt der Schuld gehört (7). Eine "Schuld", für die niemand einzustehen hat, fällt nicht unter den Schuldbegriff im hier verstandenen Sinn; eine Haftung, der keine Schuld zugrunde liegt, ist schlechthin undenkbar. Aus diesem Grundsatz lassen sich jedoch keine Rückschlüsse auf die konkrete Ausgestaltung der Haftungsverhältnisse ziehen (8). Diese zu regeln, ist vielmehr Sache des positiven Rechts. Dabei gilt es zwei Fragen auseinanderzuhalten, jene nach der Person des Haftenden von jener nach dem Gegenstand der Haftung (9).

Der in germanistischer Rechtstradition wurzelnde Dualismus von Schuld und Haftung (10) ist nach dem hier vertretenen Verständnis vom Wesen der Schuld abzulehnen. Die Haftung steht nicht in einem Gegensatz zur Schuld, sondern bildet vielmehr einen notwendigen Teilinhalt derselben (11).

Abzugrenzen ist die Haftung jedoch von der Leistungspflicht des Schuldners, welche ihrerseits einen Teilinhalt

-
- 7) So Schönenberger/Jäggi, Vorbemerkungen vor Art. 1 OR N. 50, Kramer Ernst A., Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Obligationenrecht, 1. Teilband, 1. Lieferung, Bern 1980, N. 102. Vollstreckung bedeutet letztlich nichts anderes als Verwirklichung von Haftungsverhältnissen; Wagner S. 9.
Nach Larenz (Larenz Karl, Lehrbuch des Schuldrechts, 1. Bd., Allgemeiner Teil, 13. Aufl., München 1982, S. 23) gehören "Schuld" und "Haftung" zwar notwendigerweise zusammen ("Wer schuldet, haftet auch"), dennoch stellt er die beiden Begriffe logisch auf dieselbe Stufe. Wenn aber die Haftung der Schuld "gleichsam wie ein Schatten" nachfolgt -- so Larenz a.a.O. --, so erscheint es mir folgerichtiger, die Haftung als Teilinhalt der Schuld zu betrachten.
- 8) Ungenau deshalb Gauch/Schluemp/Jäggi S. 19 N. 96 sowie Kramer a.a.O., deren Ausführungen lediglich den Fall der Geldschuld erfassen.
- 9) vgl. dazu unten 2.
- 10) von Tuhr Andreas, Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, 1. Bd., Leipzig 1910, S. 110 ff. mit Verweisen
- 11) So Schönenberger/Jäggi, Vorbemerkungen vor Art. 1 OR N. 50 S. 165; Kramer a.a.O..

der Schuld darstellt. Dieser Gegensatz, gleichsam ein "Dualismus minderer Stufe", ist für das Zwangsvollstreckungsrecht deshalb bedeutsam, weil sich Haftungs- und Verpflichtungsgegenstand nicht zu entsprechen brauchen (12).

2. Haftung im besonderen

2.1. Grundsatz

Was die Person des Haftenden betrifft, gilt der Grundsatz der Individualhaftung, welcher besagt, dass nur der Schuldner, dieser aber immer, für die Erfüllung der Schuld einzustehen hat. In persönlicher Hinsicht besteht mit andern Worten Parallelität von Verpflichtung und Haftung (13).

Hinsichtlich des Haftungsgegenstandes gilt heute uneingeschränkt, dass der Schuldner nur mit seinem Vermögen, nie mit seiner Person haftet (14). Der Schuldverhaft ist abgeschafft (15). Jene Bestimmungen, die das schuldhaftes Nichtbezahlen bestimmter Schulden unter Strafe stellen, haben echten Strafcharakter, fallen folglich nicht unter das Ver-

-
- 12) So ist beispielsweise die Ehefrau unbeschränkt verpflichtungsfähig, ihre Haftung bleibt jedoch mitunter auf das Sondergut beschränkt (Art. 208 und 221 ZGB).
- 13) Schönenberger/Jäggi, Vorbemerkungen vor Art. 1 OR N. 51; Kramer a.a.O., N. 104; Favre S. 181; Wagner S. 9. Ausnahmsweise sieht das positive Recht eine Dritthaftung vor; vgl. dazu unten 2.2.2..
- 14) Pr. 73 (1984) Nr. 117; BGE 106 III 88 E. 1
- 15) Art. 59 Abs. 3 BV; dazu Fleiner F. / Giacometti Z., Schweizerisches Bundesstaatsrecht, Zürich 1978, unveränderter Nachdruck der Neubearbeitung 1949, S.868 ff.; zum Grundsatz der ausschliesslichen Haftung mit dem Vermögen vgl. von Tuhr/Peter S. 17 bei N. 47, Schönenberger/Jäggi, Vorbemerkungen vor Art. 1 OR N. 51, Lenhard S. 3, Fritzsche/Walder S. 6 und 361 Rz. 2. Der 1874 in die Bundesverfassung aufgenommene Art. 59 Abs. 3 beruht auf Art. 7 Abs. 5 KV ZH. Bis 1869 war auch im Kanton Zürich die Möglichkeit eines zwangsvollstreckungsrechtlich begründeten Freiheitsentzuges vorgesehen. Im Zuge demokratischer Reformpolitik wurde diese Massnahme dann jedoch in der neuen KV verboten; vgl. Hauser S. 286 ff. und 316.

bot von Art. 59 Abs. 3 BV (16). Immerhin begründen diese Strafnormen eine über die blossе Vermögenshaftung hinausgehende persönliche Verantwortung des Schuldners, in gewissem Sinne also eine Haftung mit der Person (17).

Der Umfang der Vermögenshaftung unterscheidet sich je nach Art der Verpflichtung:

- für Geldschulden haftet der Schuldner grundsätzlich mit seinem ganzen Vermögen (18);
- bei den übrigen Sachschulden bildet der Gegenstand der Verpflichtung zugleich das Haftungssubstrat (19).

Nun gilt es aber zu beachten, dass der Gläubiger für den Fall, dass der Schuldner die Nichterfüllung zu verantworten hat, anstelle der primär geschuldeten Leistung Schadenersatz in Geld verlangen kann (20). Auf diese Weise

-
- 16) Fleiner/Giacometti a.a.O.: Beispiele: Art. 217 StGB (Vernachlässigung von Unterstützungspflichten), Art. 42 des BG über den Militärpflichtersatz vom 12. Juni 1959 (SR 661; Nichtbezahlung der Ersatzabgabe).
- 17) So Schönenberger/Jäggi, Vorbemerkungen vor Art. 1 OR N. 53, Blumenstein S. 16.
Nicht unter das Verbot des Schuldverhafts fallen ferner jene Bestimmungen des kantonalen Zwangsvollstreckungsrechts, welche für den Fall der Nichterfüllung eine Bestrafung wegen Ungehorsams im Sinne von Art. 292 StGB vorsehen (so z.B. § 306 Abs. 1 ZPO ZH).
- 18) Gauch/Schluemp/Jäggi S. 19 N. 102; Pedrazzini S. 1; Lenhard S. 3; Fehlmann S. 18; Kramer a.a.O. N. 104; Aufzählung möglicher Haftungsgegenstände bei Jäger N. 7 zu Art. 91 SchKG.
- 19) Das kantonale Zwangsvollstreckungsrecht kann nur Realerfüllung verschaffen. Der Zugriff des Gläubigers bleibt demnach auf den Leistungsgegenstand beschränkt. Gewisse Zwangsmittel des kantonalen Rechts wie beispielsweise Ordnungs- oder Ungehorsamsbusse greifen zwar auch in das übrige Vermögen des Schuldners ein. Sie dienen aber nur dazu, Realerfüllung zu erzwingen, kommen dem Gläubiger mithin nur indirekt zugute; vgl. Sträuli/Messmer N. 3 zu § 306 ZPO.
- 20) vgl. statt vieler Gauch/Schluemp/Jäggi S. 12 N. 52. Im Konkurs werden gar sämtliche Forderungen, die keine Geldleistung zum Gegenstand haben, unabhängig vom Verschulden des Schuldners in entsprechende Geldforderungen umgewandelt (Art. 211 Abs. 1 SchKG). Gewisse Verpflichtungen wie beispielsweise die Pflicht zur Leistung von

bleibt auch dem Gläubiger einer spezifischen Sachleistung der Zugriff auf das gesamte Schuldnervermögen gewahrt. Im Ergebnis gilt somit für alle Schulden das Prinzip der Vollhaftung (21).

Damit ergibt sich als Haftungsgrundsatz, dass der Schuldner -- und nur er -- für die Erfüllung aller seiner Schulden mit seinem gesamten Vermögen einzustehen hat (22).

2.2. Ausnahmen

2.2.1. Haftungsbeschränkungen

2.2.1.1. Materiellrechtliche Haftungsbeschränkungen

Vereinzelte sieht das materielle Recht eine auf bestimmte Vermögensbestandteile beschränkte Haftung vor. An Stelle der Vollhaftung tritt Teilhaftung. Diese kann sich auf einen einzelnen Gegenstand beziehen. So haftet beispielsweise der Gültschuldner nur mit dem verpfändeten Grundstück (23). Sie kann aber auch einen ganzen Vermögenskomplex erfassen, ohne dass von vornherein feststehen müsste, welche konkreten Gegenstände und Werte der Haftung unterliegen. In dieser Weise ist z.B. die Haftung der Ehefrau für Sondergutsschulden gegenständlich auf die jeweiligen Bestandteile des Sondergutes beschränkt (24).

Arbeit lassen sich nicht real erzwingen. In solchen Fällen bleibt der Gläubiger bei Nichterfüllung auf Schadenersatz angewiesen. Zum kantonalrechtlichen Taxationsverfahren vgl. Sträuli/Messmer N. 1 und 2 zu § 309 ZPO.

- 21) Kramer a.a.O.; von Tuhr spricht von einer "unbeschränkten Haftung" (von Tuhr/Peter S. 18 bei N. 54).
- 22) Zu weiteren Haftungsgrundsätzen vgl. Schönenberger/Jäggi, Vorbemerkungen vor Art. 1 OR N. 51.
- 23) Art. 847 Abs. 3 ZGB, welcher etwas missverständlich anführt, die Forderung bestehe "ohne jede persönliche Haftbarkeit des Schuldners". Auch bei der Gült ist der Schuldner, d.h. der jeweilige Eigentümer des belasteten Grundstückes, persönlich zur Leistung verpflichtet; die Haftung indessen bleibt in der umschriebenen Weise auf das Grundstück beschränkt. Immerhin hat der Gültschuld-

Charakteristisch für alle materiellrechtlichen Haftungsbeschränkungen ist, dass sie sich stets auf bestimmte Schulden beziehen. Sie gelten nie generell. Hierin liegt der bedeutsamste Unterschied zu den betreibungsrechtlichen und indirekt-materiellrechtlichen Haftungsbeschränkungen, welche gewisse Vermögenswerte dem Zugriff des Gläubigers ohne Rücksicht auf das zugrunde liegende Schuldverhältnis entziehen (25).

Materiellrechtliche Haftungsbeschränkungen finden sich im Privat- (26) wie im öffentlichen Recht (27). Ihre praktische Bedeutung ist abgesehen vom ehelichen Güterrecht eher gering.

ner für diejenigen Zinsen, welche nicht mehr von der Pfanddeckung umfasst werden, "persönlich", d.h. mit seinem ganzen Vermögen, einzustehen (Art. 851 Abs. 3 ZGB). Vgl. Schönenberger/Jäggi, Vorbemerkungen vor Art. 1 OR N. 54, von Tuhr/Peter S. 19.

24) Art. 208 ZGB; trotz der gesetzlichen Wendung, die Ehefrau sei "nur mit dem Werte ihres Sondergutes verpflichtet", betrifft diese Bestimmung nur die Haftung, nicht etwa die Verpflichtungsfähigkeit der Ehefrau. Dies ergibt sich aus dem Obertitel zu Art. 207 ZGB ff. ("Haftung der Ehefrau") und dem Zweck der Bestimmung, die Nutzungs- und Verwaltungsbefugnisse des Ehemannes zu schützen; vgl. Lemp N. 2 zu Art. 208 ZGB mit Verweisen. Dass die Haftung gegenständlich, nicht lediglich wertmässig auf das Sondergut beschränkt ist, entsprach seit jeher herrschender Lehre und Rechtsprechung (vgl. dazu Denzler Oskar, Die Liquidation der Güterverbindung infolge Todes eines Ehegatten, Diss., Zürich 1937, S. 25; Lemp N. 10 zu Art. 208 ZGB mit zahlreichen Verweisen) und kommt nunmehr auch in der gesetzlichen Regelung von Art. 68bis SchKG zum Ausdruck. Vgl. auch Rüttimann S. 165 ff..

25) vgl. unten 2.2.1.2./3.

26) Nebst den bereits erwähnten Fällen der Gült und der Sondergutshaftung wären die Grundlast (Art. 782 ff. ZGB), das Versatzpfand (Art. 907 ff. ZGB) sowie die Haftung des Gemeinwesens für Erbschaftsschulden (Art. 592 ZGB) zu erwähnen. Vgl. zum Ganzen von Tuhr/Peter S. 19; Schönenberger/Jäggi, Vorbemerkungen vor Art. 1 OR N. 54; Gauch/Schluep/Jäggi S. 19 N. 102; von Tuhr zit. N. 10, S. 67.

Gemäss Art. 321 und 414 ZGB sind urteilsfähige Kinder und Mündel bezüglich ihres freien Vermögens handlungsfähig. In gleicher Weise kann der unter Verwaltungsbeiratschaft Stehende über die Ertragnisse seines Vermögens frei verfügen (Art. 395 Abs. 2 ZGB). Diese Bestimmungen statuieren nicht nur eine beschränkte Verpflichtungsfähigkeit.

Keine Haftungsbeschränkungen begründen jene Bestimmungen, welche gewisse Verpflichtungen auf ein Höchstmass begrenzen (28). Der Schuldner haftet für dergestalt begrenzte Schulden grundsätzlich unbeschränkt, d.h. mit seinem ganzen Vermögen (29).

2.2.1.2. Betreibungsrechtliche Haftungsbeschränkungen

Als betreibungsrechtliche Haftungsbeschränkungen bezeichne ich jene Normen, die die Pfändbarkeit gewisser Vermögenswerte ohne Rücksicht auf die Höhe und Qualität der Forderung ausschliessen oder umfangmässig beschränken. Grundsätzlich vollstreckungsrechtlicher Natur, führen diese Bestimmungen zu einer Einschränkung des Prinzips der Voll-

higkeit, sondern auch eine der Sondergutshaftung vergleichbare, gegenständlich auf das freie Vermögen begrenzte Haftung; so für die Verwaltungsbeiratschaft Böschenstein S. 6; BGE 58 III 85 ff.; für das Vormundschaftsrecht Tuor/Schnyder S. 349. Der vom Gesetz angestrebte Vermögensschutz bliebe unvollkommen, wenn die Haftung für die zwar summenmässig beschränkte Verpflichtung gleichwohl das gesamte Vermögen erfassen würde. Zumindest für das Vormundschaftsrecht lässt sich die beschränkte Haftung sodann auch durch Umkehrschluss aus Art. 412 ZGB herleiten. Vgl. auch Hegnauer Cyril, Grundriss des Kindesrechtes, 2. Aufl., Bern 1983, S. 167; BB1. 1974 II S. 91 (Botschaft des Bundesrates zur Revision des Kindesrechtes); Riemer Hans Michael, Grundriss des Vormundschaftsrechtes, Bern 1981, S. 70 N. 101; Kaufmann Joseph, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Vormundschaft, 2. Aufl., Bern 1924, N. 1 und 12 zu Art. 414 ZGB.

- 27) So z.B. § 26 Abs. 1 des Zürcher Gesetzes über die Erbschafts- und Schenkungssteuer vom 26. April 1936 (GS 632.1). Diese Bestimmung sieht für den Fall, dass ein Vermögensanfall mit einer Nutzniessung belastet ist, eine auf die fraglichen Vermögensbestandteile beschränkte Haftung für die von Nutzniessungsberechtigtem und Erben geschuldeten Erbschaftssteuern vor. Vgl. dazu Zuppinger Ferdinand, Zürcher Steuergesetze, Textausgabe, II. Bd., Zürich 1971, S. 54.
- 28) Derartige Bestimmungen sind recht häufig; vgl. z.B. Art. 590 Abs. 2 ZGB (nicht ins öffentliche Inventar aufgenommene Schulden des Erblassers); Art. 64 OR (Rückerstattung der ungerechtfertigten Bereicherung); Art. 608 OR ("Haftung" des Kommanditärs).
- 29) von Tuhr/Peter S. 19; von Tuhr zit. N. 10, S. 112; La-

haftung (30). Sie dienen zum einen dem Schutz des Schuldners vor zu weitgehenden Eingriffen in sein Vermögen; zum andern nehmen sie gewisse Vermögenswerte aus öffentlichem Interesse von der Zwangsvollstreckung aus (31). Die betriebsrechtlichen Haftungsbeschränkungen sind insofern relativ, als der Schuldner grundsätzlich verzichten kann, sich darauf zu berufen, es sei denn, die Pfändung sei aus Gründen der öffentlichen Ordnung oder der Menschlichkeit schlechthin ausgeschlossen (32).

Zu unterscheiden sind:

a) Unpfändbarkeit

Die wichtigsten Unpfändbarkeitsbestimmungen enthält Art. 92 SchKG, welcher die sogenannten Kompetenzstücke des Schuldners jeglichen Zugriffs seitens der Gläubiger entzieht (33). Daneben finden sich auch ausserhalb des SchKG's zahlreiche Unpfändbarkeitsbestimmungen (34).

b) Beschränkte Pfändbarkeit

Art. 93 SchKG beschränkt die Pfändbarkeit gewisser Einkünfte des Schuldners auf den das Existenzminimum überstei-

renz zit. N. 7, S. 22; Schnyder von Wartensee S. 31. Im Widerspruch zur eigenen Terminologie führen Schönenberger/Jäggi (a.a.O., N. 54) und Kramer (zit. N. 7, N. 104) diesen Fall als "rechnerisch beschränkte Haftung" an. Auch in den fraglichen Gesetzesbestimmungen ist regelmässig von "Haftung" die Rede. Dies ist indessen auf die erwähnte nicht-technische Verwendung des Begriffes zurückzuführen.

30) vgl. oben 2.1. bei N. 21.

31) Fritzsche/Walder S. 6 f. Rz. 7; Amonn S. 173 f.

32) BGE 105 III 49, 99 III 56; Amonn S. 173 N. 7; Fritzsche/Walder S. 355 Rz. 102/3

33) Fritzsche/Walder S. 315 ff. mit zahlreichen Verweisen und einer umfassenden Zusammenfassung der Rechtsprechung; Amonn S. 174 ff.; Favre S. 182 ff.; Jaeger/Daeniker N. 2 ff. zu Art. 92 SchKG; Blumenstein S. 357 ff.

34) z.B. Unpfändbarkeit des Gefangenenlohns (Art. 378 StGB); vgl. zum ganzen Fritzsche/Walder S. 351 ff.; Amonn S. 179 N. 37; Jaeger/Daeniker N. 1. A zu Art. 92 SchKG.

genden Teil. Wichtigster Anwendungsfall bildet die Lohnpfändung (35). Neben dieser umfangmässig beschränkten kennt das SchKG auch eine zeitlich begrenzte Pfändbarkeit: Art. 94 SchKG legt fest, dass die Pfändung von stehenden und hängenden Früchten nur ab bestimmten Stichtagen zulässig ist, dies im Bestreben, die Verschleuderung unreifer Landwirtschaftsprodukte zu verhindern (36).

2.2.1.3. Indirekt-materiellrechtliche Haftungsbeschränkungen

Das Schuldbetreibungsrecht beruht auf dem sogenannten Versilberungsprinzip. Danach erstreckt sich das Zugriffsrecht des Gläubigers nie auf Uebereignung schuldnerischer Aktiven, sondern ausschliesslich auf Befriedigung aus deren Verwertungserlös (37).

"Versilbern" lässt sich ein Gegenstand nur, wenn er:

- a) einen Vermögenswert darstellt;
- b) dem Rechtsverkehr zugänglich ist, d.h. sich auf Dritte übertragen lässt.

Gebricht es auch nur an einer dieser Voraussetzungen, fällt eine Verwertung und damit auch eine Pfändung, welche ja nur der Vorbereitung und Sicherstellung der Verwertung

35) Fritzsche/Walder S. 332 mit zahlreichen Verweisen insbesondere auch zur Berechnung des Notbedarfs; Amonn S. 180 ff.; Jaeger/Daeniker N. 1 ff. zu Art. 93 SchKG; Blumenstein S. 369 ff.

36) Fritzsche/Walder S. 349 f.; Amonn S. 188

37) Vgl. statt vieler Fritzsche/Walder S. 407. Das Versilberungsprinzip entspricht dem Grundsatz der Werthhaftung (als Gegensatz zur Realhaftung); vgl. dazu Schönenberger/Jäggi, Vorbemerkungen vor Art. 1 OR N. 51. Art. 894 ZGB bestimmt für das Fahrnispfand ausdrücklich, dass die Vereinbarung einer Verfallsklausel ungültig sei. Dieses Verbot gilt auch dann, wenn die Parteien private Pfandverwertung vereinbaren. Ueberdies bleibt es nicht auf das Fahrnispfandrecht beschränkt; es gilt vielmehr für sämtliche Sicherungsrechte. Tuor/Schnyder S. 730; Oftinger/Bär N. 18 und 22 zu Art. 894 ZGB; Fritzsche/Walder S. 474 Rz. 4.

dient, ausser Betracht (38). Unpfändbarkeit kann sich mithin nicht nur aufgrund ausdrücklicher betreibungsrechtlicher Vorschriften, sondern auch als indirekte materiellrechtliche Folge daraus ergeben, dass ein Gegenstand keinen Vermögenswert aufweist oder dem Rechtsverkehr entzogen ist. In Anlehnung an die Terminologie Jaegers mag man hiefür den Begriff der indirekt-materiellrechtlichen Haftungsbeschränkung prägen (39).

Unpfändbar, weil ohne Vermögenswert, sind zunächst persönliche Erinnerungsstücke wie Briefe, Diplomurkunden, Familienfotos usw. (40). Der Pfändung entzogen bleiben sodann blossе Anwartschaften; ihnen fehlt ein gegenwärtiger, realisierbarer Vermögenswert (41).

Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist eine Pfändung auch dann ausgeschlossen, wenn ein vernünftiges Verwertungsergebnis nicht zu erwarten ist, wenn, anders ausgedrückt, ein Gegenstand, der an sich durchaus einen gewissen Vermögenswert aufweisen könnte, aufgrund der Verwertungsmöglichkeiten und -aussichten praktisch wertlos erscheint. Unpfändbar ist aus diesem Grund beispielsweise der Anspruch der Akkreditivbank gegenüber der Korrespondenzbank

38) Amonn S. 173 N. 3 und 4; Fritzsche/Walder S. 352 f.; Favre S. 181.

39) Jaeger N. 1. B zu Art. 92 SchKG

40) Fritzsche/Walder S. 352 Rz. 96; Amonn S. 173 N. 4; Blumenstein S. 353

41) Fritzsche/Walder S. 352 Rz. 97; Amonn S. 173 N. 4; Favre S. 181; Jaeger/Daeniker N. 11 zu Art. 91 SchKG; BGE 99 III 55; 97 III 27. Nicht pfändbar sind aus diesem Grund z.B. bedingte Forderungen, solange die Bedingung nicht eingetreten ist ("dies incertus an"); dies im Gegensatz zu Forderungen mit ungewissem Verfalltag ("dies incertus quando"); BGE 99 III 52 ff. E. 3. Vgl. aber auch die abweichende Ansicht der Berner Aufsichtsbehörde, wonach ein bedingtes Vermächtnis pfändbar sei (BlSchK 40 (1976) Nr. 10 S. 15 ff.).

auf Ablieferung der Akkreditivdokumente (42).

Unpfändbar sind ferner die unübertragbaren Rechte. Dazu gehören nicht nur die mit einer bestimmten Person untrennbar verbundenen sogenannten höchstpersönlichen Rechte, sondern auch jene, die sich, obwohl nicht höchstpersönlicher Natur, ihrer Bestimmung nach nicht auf Dritte übertragen lassen (43). Unübertragbarkeit lässt sich auch vertraglich vereinbaren. Eine derartige Abrede zeitigt in der Zwangsvollstreckung jedoch keine Wirkungen. Der Gläubiger kann das fragliche Recht gleichwohl pfänden lassen; er braucht sich die Einrede der Unübertragbarkeit nicht entgegenhalten zu lassen (44).

-
- 42) BGE 108 III 94 ff., insb. E. 4. Der Entscheid betrifft einen Arrest; Arrestierbarkeit und Pfändbarkeit entsprechen sich jedoch in bezug auf die mit Beschlag belegbaren Gegenstände. Sollte die Akkreditivbank ausnahmsweise Eigentümerin der Dokumente sein, was zwar dem Sinn des Dokumentenakkreditiv-Geschäfts zuwiderliefe, aber beispielsweise zufolge einer Sicherungsübereignung nicht ausgeschlossen ist, würden die Dokumente wohl ein verwertbares Aktivum darstellen; zu pfänden wären dann aber die Dokumente selbst, nicht der obligatorische Herausgabanspruch; vgl. BGE a.a.O., S. 100; vgl. auch Walder, Arrestbewilligung, S. 10 Rz. 14.
- 43) Walder/Fritzsche S. 353 Rz. 99; Jaeger/Daeniker N. 1. B zu Art. 92 SchKG; beide mit zahlreichen Beispielen; Amonn S. 173 N. 3 und 4; Favre S. 181; von Tuhr/Escher S. 344 ff.; Oftinger/Bär N. 11 und 25 zu Art. 899 ZGB. Beispiele: Wohnrecht nach Art. 776 Abs. 2 ZGB; Anspruch auf Ausführung eines Auftrages (entgegen Fritzsche/Walder a.a.O. folgt dies nicht aus Art. 398 Abs. 3 OR, sondern aus der Natur des Auftragsverhältnisses an sich; vgl. von Tuhr/Escher a.a.O.); die Nutzniessung als solche ist nicht übertragbar, wohl aber, sofern es sich nicht um ein höchstpersönliches Recht handelt, deren Ausübung (Art. 758 Abs. 1 ZGB); die Nutzniessungserträge sind somit grundsätzlich pfändbar.
- 44) von Tuhr/Escher S. 350 f.; Staehelin Adrian, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Der Einzelarbeitsvertrag, Zürich 1984, N. 8 zu Art. 325 OR. Die Ansicht Fehlmanns (S. 19), es sei möglich, beschränkte dingliche Rechte wie Nutzniessung, Bau- und Quellenrecht "durch vertragliche Abmachung zu höchstpersönlichen und folglich unpfändbaren Rechten zu gestalten", ist falsch. Abgesehen davon, dass die Nutzniessung als solche von Gesetzes wegen unübertragbar ist, sind die angeführten Rechte der

Hingewiesen sei schliesslich noch auf einen systematisch eher schwierig erfassbaren Sonderfall: Nach ständiger Praxis des Bundesgerichts sind Vindikationsansprüche als solche nicht pfändbar; vielmehr ist die Sache selbst beim unmittelbaren Besitzer zu pfänden. Dasselbe gilt hinsichtlich des obligatorischen Herausgabeanspruchs des Hinterlegers (45). Im Resultat ist dieser Praxis beizupflichten, mag auch die Begründung nicht in allen Punkten stichhaltig sein. So lässt sich m.E. namentlich die Unpfändbarkeit des Vindikationsanspruchs nicht aus der Natur des Widerspruchsverfahrens herleiten. Art. 109 SchKG setzt nicht voraus, dass eine Sache im Gewahrsam eines Dritten bei diesem gepfändet werden muss, sondern legt lediglich das entsprechende Verfahren für den Fall fest, dass eine derartige

Pfändung nicht nur dann unterstellt, wenn Uebertragbarkeit vereinbart bzw. nicht ausgeschlossen wurde, sondern schon dann, wenn die Natur des Rechtes einer Uebertragung nicht entgegensteht. Eine abweichende Vereinbarung der Parteien ist in der von Dritten angehobenen Zwangsvollstreckung nicht zu beachten. So schon Leemann N. 54 zu Art. 781 ZGB.

- 45) BGE 108 III 94 ff. E. 3; 102 III 95 ff. E. 1 mit Verweisen. Den besonderen Gegebenheiten des modernen Depotverkehrs Rechnung tragend, hat das Bundesgericht im Sinne einer Ausnahme den Anspruch des Bankkunden gegen die Bank auf Herausgabe von im Ausland verwahrten Wertpapieren als arrestier- und pfändbar erklärt (BGE 102 III 95 ff. E. 3 mit ausführlicher Begründung). An der grundsätzlichen Unpfändbarkeit von Herausgabeansprüchen wollte dieser Entscheid nichts ändern, wie das Bundesgericht in BGE 108 III 98 klargestellt hat.

Entgegen der Ansicht Walders (Fritzsche/Walder S. 362 N. 3) spielt es für die Pfändbarkeit des Herausgabeanspruchs keine Rolle, ob der Schuldner im Ausland wohnt oder nicht, mag auch der Ingress des Urteils diesen Schluss nahelegen. Der Wohnsitz ist -- wie sich bei näherer Betrachtung ergibt -- einzig im Hinblick auf den Ort der Pfändung bzw. Arrestierung von Bedeutung. Wohnt der Titular in der Schweiz, wäre der Herausgabeanspruch an dessen Wohnsitz, nicht bei der Depotbank zu pfänden. Das Problem indessen, dass ohne Pfändung des Herausgabeanspruchs der Zugriff auf in dieser Weise im Ausland deponierte Wertschriften in vielen Fällen praktisch verunmöglicht wäre, stellt sich gleichermassen, ob nun der Schuldner in der Schweiz oder im Ausland wohne.

Pfändung bereits erfolgt ist. Aus Art. 109 SchKG lässt sich wohl folgern, dass die Pfändung von Sachen im Gewahrsam eines Dritten zulässig sein muss -- ansonsten wäre die Bestimmung widersinnig --, nicht hingegen, dass die Pfändung eines Vindikationsanspruches ausgeschlossen sei. Hierüber enthält die Bestimmung schlicht keine Aussage. Es wäre sodann ohne weiteres möglich, über einen gepfändeten Vindikationsanspruch das Widerspruchsverfahren durchzuführen. Was die Parteirollenverteilung anbelangt, hätte der Dritteigentümer keinerlei Nachteile zu gewärtigen. An Stelle des Gewahrsams träte wie bei der Pfändung von Forderungen die Vermutung der besseren Berechtigung, welche wohl ausnahmslos der Gewahrsamsinhaber der Sache selber bzw. derjenige, für welchen er den Gewahrsam ausübt, für sich in Anspruch nehmen könnte. Eine Pfändung des Vindikationsanspruches hätte mit andern Worten keine Aenderung der Parteirollenverteilung in einem allfälligen Widerspruchsprozess zur Folge (46).

M.E. sind es in erster Linie praktische Gründe, welche die Unpfändbarkeit des Vindikationsanspruches nahelegen. Zunächst wäre es wesentlich schwieriger und umständlicher, einen Vindikationsanspruch anstelle der Sache selbst zu verwerten. Ein solches Vorgehen widerspräche sodann dem Interesse aller Beteiligten an einem möglichst hohen Verwertungserlös (47), denn es steht ausser Zweifel, dass die ungewisse Natur eines blossen Vindikationsanspruches das Stei-

46) Ein gewisser Nachteil erwüchse allerdings dem Dritteigentümer einer im Ausland gelegenen Sache. Da den Schweizer Betreibungsbehörden in diesem Falle der Zugriff auf die Sache selbst verwehrt bleibt, sähe er sich in ein Verfahren miteinbezogen, das hinsichtlich der Sache selbst gar nicht erst hätte angehoben werden können. Einen Rechtsverlust hätte er indessen nicht zu befürchten, selbst wenn er vollständig passiv bliebe. Die Zwangsverwertung kann dem Erwerber kein Recht verschaffen, das dem Schuldner nicht zugestanden ist.

47) Vgl. Fritzsche/Walder S. 292 f. Rz. 31

gerungsergebnis beeinträchtigen würde (48). Schliesslich bleibt aber auch zu beachten, dass es ohnehin umstritten ist, ob ein Vindikationsanspruch überhaupt übertragbar ist (49).

Was die Pfändbarkeit des obligatorischen Herausgabeanpruchs betrifft, ist zu unterscheiden, ob der Hinterlegungsgläubiger Eigentümer ist oder nicht. Hat der Eigentümer hinterlegt, fallen dinglicher und obligatorischer Herausgabeanpruch zusammen; dieser ist aus dem gleichen Grund unpfändbar wie jener. Ist der Hinterleger dagegen nicht Eigentümer, fällt eine Pfändung des obligatorischen Anspruchs deshalb ausser Betracht, weil die Verwertung kein vernünftiges Ergebnis erwarten liesse (50).

2.2.1.4. Vertragliche Haftungsbeschränkungen

Nach überwiegender Lehrmeinung können Gläubiger und Schuldner die Haftung für Schulden irgendwelcher Art vertraglich beschränken (51). Die von Jaeger/Daeniker hiegegen

-
- 48) Dabei fällt namentlich ins Gewicht, dass der Ersteigerer eines Vindikationsanspruches nicht ohne weiteres Eigentümer der betreffenden Sache wird. Vgl. dazu BGE 102 III 95 ff. E. 4. c).
- 49) dagegen von Tuhr/Escher S. 351 ff. mit Hinweisen; vgl. aber von Tuhr/Peter S. 121, wo die Vindikationszession als zulässig erachtet wird. Der Widerspruch findet sich bereits in der ersten Auflage des Werkes von Tuhrs (Bd. I S. 102; Bd. II S. 735); vgl. auch Meier-Hayoz N. 73 zu Art. 641 ZGB.
- 50) BGE 102 III 98
- 51) Guldener, dispositives Recht, S. 249 ff.; von Tuhr/Peter S. 18 f. mit zahlreichen Verweisen; Larenz zit. N. 10, S. 22; Schnyder von Wartensee S. 32 ff. insb. S. 34; Lemp N. 10 zu Art. 219 ZGB; a.A. Jaeger/Daeniker, Vorbeurteilungen zu Art. 91 SchKG; ferner -- allerdings ohne Begründung -- Amonn S. 173 N. 5. Unhaltbar in dieser absoluten Form ist die nicht näher begründete Behauptung Fehlmanns (S. 19), vertragliche Haftungsbeschränkungen seien von vornherein wegen Rechtsmissbrauchs nichtig. Wie die gesetzlichen, so können sich auch die vertraglichen Haftungsbeschränkungen auf einzelne Gegenstände oder bestimmte Vermögenskategorien beziehen. Dabei ist es lediglich eine Frage der Betrachtungsweise bzw. der

angeführten Bedenken (52) hat Guldener nachhaltig widerlegt: Das Gesetz selber kenne Haftungsbeschränkungen, die sowohl im Konkurs wie auch in der Betreibung auf Pfändung zu berücksichtigen seien; vertragliche Haftungsbeschränkungen hätten sodann keine Schlechter-, sondern gegenteils eine Besserstellung anderer Gläubiger zur Folge; schliesslich treffe es nicht zu, dass das gesamte Betreibungsrecht zwingender Natur sei (53). Dem bleibt anzufügen, dass Art. 208 Abs. 1 Ziff. 1 ZGB die vertragliche Begründung von Sondergutsschulden ausdrücklich vorsieht (54). Wenn aber das Gesetz ausgerechnet im praktisch wohl wichtigsten Fall einer beschränkten Haftung eine vertragliche Regelung zulässt, ja gar an erster Stelle nennt, dann ist m.E. nicht einzusehen, weshalb in allen übrigen Fällen etwas anderes gelten sollte.

Vertragliche Haftungsbeschränkungen gelten nur zwischen den Parteien. Schuldner und Gläubiger können nicht in einer auch für Dritte verbindlichen Weise gewisse Vermögenswerte von der Haftung ausschliessen (55). Hievon kennt das positive Recht zwei Ausnahmen: Als unpfändbar bestellte unentgeltliche Leibrenten bleiben dem Zugriff der Gläubiger ent-

Vertragsformulierung, ob bestimmte Werte von der Haftung ausgenommen oder aber die der Haftung unterliegenden Vermögensbestandteile als solche aufgeführt werden.

- 52) Jaeger/Daeniker stellen sich im wesentlichen auf den Standpunkt, im Konkurs liessen sich derartige Haftungsbeschränkungen ohnehin nicht berücksichtigen; aber auch in der Betreibung auf Pfändung könne die Möglichkeit der Anschlusspfändung zu einem "kleinen Konkurs" führen; schliesslich hegen sie prinzipielle Bedenken gegenüber Abmachungen über die Zwangsvollstreckung (Jaeger/Daeniker a.a.O.). In der dritten Auflage seines Kommentars hatte Jaeger allerdings die Ansicht vertreten, der Schuldner könne sich vom Gläubiger gültig versprechen lassen, "bei einer allfälligen Betreibung bestimmte Objekte nicht für die Zwangsvollstreckung in Anspruch zu nehmen" (Jaeger Fussnote *) zu Art. 95 SchKG).
- 53) Guldener, dispositives Recht, a.a.O.
- 54) vgl. Lemp N. 5 zu Art. 208 ZGB
- 55) Guldener, dispositives Recht, S. 250; Jaeger N. 1 zu Art. 92 SchKG S. 254; BGE 99 III 56 mit zahlreichen Verweisen. Auch testamentarische Anordnungen solcher Art sind ausgeschlossen; BGE 72 III 74 ff.; vgl. auch von Tuhr/Peter S. 215 bei N. 12.

zogen(56); ebenso Ansprüche aus Lebensversicherungen, sofern der Versicherungsnehmer seinen Ehegatten oder seine Nachkommen als Begünstigte bezeichnet (57).

Unbenommen bleibt es dagegen dem Schuldner, hinsichtlich seiner Vermögenswerte Verfügungen zu treffen, welche die Zugriffsmöglichkeit seiner Gläubiger ausschliessen oder einschränken. So kann er namentlich Gegenstände, die zunächst der Haftung unterliegen, veräussern oder belasten. Das geltende Recht kennt keine Garantiehaftung, die den Schuldner verpflichten würde, sein Vermögen zugunsten seiner Gläubiger zu erhalten (58). Vorbehalten bleibt immerhin die Anfechtbarkeit derartiger Verfügungen nach Art. 285 ff. SchKG (59).

Was die Rechtsnatur vertraglicher Haftungsbeschränkungen betrifft, stellt sich Guldener, wie aus dem Titel seines Aufsatzes erhellt, auf den Standpunkt, es handle sich um betriebsrechtliche Verträge (60). M.E. ist zu differenzieren:

- Bezieht sich die Haftungsbeschränkung auf ein bestimmtes Schuldverhältnis, ist sie materiellrechtlicher Natur (61). Sie ist diesfalls derart eng mit dem übrigen Inhalt der Schuld verknüpft, dass sie sich nicht als selbstständiger betriebsrechtlicher Vertrag qualifizieren lässt. In ihrer Auswirkung unterscheidet sie sich denn auch in keiner Weise von einer gesetzlich statuierten materiellrechtlichen Haftungsbeschränkung.

56) Art. 519 Abs. 2 OR, Art. 92 Ziff. 7 SchKG; vgl. Fritzsche/Walder S. 327 f. Rz. 37 und 38.

57) Art. 80 VVG; vgl. Fritzsche/Walder S. 306 Rz. 68.

58) Schönenberger/Jäggi, Vorbemerkungen vor Art. 1 OR N.51

59) Fritzsche II S. 273 ff.; Amonn S. 417 ff.;

Schönenberger/Jäggi, Vorbemerkungen vor Art. 1 OR N.55

60) Guldener, dispositives Recht, S. 185 sowie S. 251

61) vgl. Schnyder von Wartensee S. 33

- Hingegen überwiegt in jenen Ausnahmefällen, in denen das Gesetz eine rechtsgeschäftliche Haftungsbeschränkung mit Drittwirkung zulässt, der betreibungsrechtliche Charakter. Vorschriften, die derartige Haftungsbeschränkungen erlauben, stellen dispositives Betreibungsrecht dar. Folgerichtig führt das SchKG in Art. 92 Ziff. 7 die als unpfändbar bestellte Leibrente als Kompetenzstück an.

Wie die gesetzlichen lassen sich somit auch die vertraglichen Haftungsbeschränkungen in materiell- und betreibungsrechtliche aufgliedern. Als Unterscheidungskriterium dient in beiden Fällen die Frage, ob die Haftung generell oder nur für eine bestimmte Schuld beschränkt ist.

2.2.2. Dritthaftung

Dritthaftung bedeutet Haftung für fremde Schuld ohne persönliche Verpflichtung (62). In Abweichung vom Grundsatz der Individualhaftung erfasst sie Vermögenswerte, die nicht dem Schuldner, sondern einem selbst nicht leistungspflichtigen Dritten gehören. Da sie praktisch nie isoliert, sondern stets in Ergänzung zur "persönlichen" Haftung des Schuldners vorkommt (63), erweitert sie die Zugriffsmöglichkeiten des Gläubigers, steht mithin in einem Gegensatz zu den in den vorangehenden Abschnitten behandelten Haftungsbeschränkungen.

Das geltende Recht kennt keine Fälle umfassender Dritthaftung. Diese bleibt vielmehr stets auf einzelne Vermögensstücke beschränkt. Eine Vollhaftung eines Dritten lässt sich

62) Schönenberger/Jäggi, Vorbemerkungen vor Art. 1 OR N. 51/2, Schellenberg S. 19

63) Theoretisch wäre es allerdings möglich, die Haftung des Schuldners vertraglich vollständig wegzubedingen, so dass allein der Dritte haftbar bliebe. Diese Konstellation dürfte aber in der Praxis kaum je vorkommen.

indessen mittelbar in der Weise erreichen, dass sich der Dritte mitverpflichtet, sei es als Bürge, sei es als Solidarschuldner (64).

Echte Dritthaftung findet sich in erster Linie -- wenn auch nicht ausschliesslich (65) -- bei Drittpfandverhältnissen (66), bei denen der Eigentümer der Pfandsache nicht Schuldner der zu sichernden Forderung ist. Das Auseinanderfallen von Eigentum und Schuldnerschaft beruht in der Regel auf einem Pfandvertrag zwischen Drittem und Gläubiger, kann aber auch dadurch entstehen, dass der Dritte den Pfandgegenstand vom Schuldner erwirbt, ohne die Schuld zu übernehmen (67).

Ein dem Drittpfandrecht verwandter Fall von Dritthaftung kann sich in Zusammenhang mit dem Retentionsrecht des Vermieters ergeben. Das Retentionsrecht kann bei gutem Glauben des Vermieters auch Einrichtungs- und Benutzungsgegenstände erfassen, die nicht dem Mieter gehören (68).

In Gütergemeinschaft lebende Eheleute haften nicht nur für gemeinschaftliche, sondern auch für gewisse persönliche Schulden mit dem Gesamtgut. Mithin kann sich aus der Sicht des nicht betroffenen Ehegatten eine echte Dritthaftung einstellen (69).

64) Schönenberger/Jäggi, Vorbemerkungen vor Art. 1 OR N. 52; Oftinger/Bär N. 392 zu Art. 884 ZGB; vgl. auch BGE 106 III 88 f..

65) unrichtig Schönenberger/Jäggi a.a.O.

66) Fritzsche/Walder S. 479 Rz. 18; von Tuhr/Peter S. 20; Oftinger/Bär N. 385 ff. zu Art. 884 ZGB mit Verweisen

67) Oftinger/Bär N. 386 zu Art. 884 ZGB; Schellenberg S. 19 f.. Das Entstehen von Drittpfandverhältnissen durch Veräusserung der Pfandsache ist namentlich bei Grundstücken unerwünscht. Das Gesetz erleichtert deshalb die Schuldübernahme durch den Dritten (Art. 832 ZGB; vgl. Tuor/Schnyder S. 710; Schellenberg S. 22 f.).

68) Art. 273 OR; Entsprechendes gilt für die Pacht; Art. 286 Abs. 3 OR; vgl. unten § 8 3.

3. Der Einfluss dinglicher Rechte auf die Haftungsverhältnisse

3.1. Dingliche Rechte Dritter

Dingliche Rechte gelten gegenüber jedermann. Sie sind auch in der Zwangsvollstreckung grundsätzlich vorbehaltlos zu beachten. Fremdes Eigentum steht einer Verwertung entgegen. Beschränkte dingliche Rechte schliessen eine Verwertung zwar nicht aus, sind dabei aber zu berücksichtigen, sei es durch bevorzugte Befriedigung des Berechtigten aus dem Erlös, sei es durch Ueberbindung der Last auf den Ersteigerer (70).

Das geltende Recht kennt keine Garantiehftung (71). Die Haftung erstreckt sich nur auf jene Aktiven, die sich im Zeitpunkt der Pfändung oder gegebenenfalls der Arrestierung im schuldnerischen Vermögen vorfinden (72). Vor der Be-

69) Art. 219/20 ZGB; vgl. von Tuhr/Peter S. 20; Lemp N. 7 bis 9 zu Art. 219 ZGB. Der Gläubiger kann auch bei persönlichen Schulden eines Ehegatten unmittelbar in das Gesamtgut, nicht etwa nur in den Liquidationsanteil des betreffenden Ehegatten vollstrecken lassen.

Weitere Fälle von Dritthaftungen können sich im Zusammenhang mit der Anfechtbarkeit nach Art. 285 ff. SchKG (dazu unten § 8 5.b) nach N. 504) und der Weiterhaftung nach ehelichem Güterrecht ergeben (dazu unten § 8 6.b) bb) nach N. 525).

70) Fritzsche/Walder S. 361 Rz. 2. In der Betreibung auf Pfändung und auf Pfandverwertung ist insbesondere das sogenannte Deckungsprinzip zu beachten, wonach eine Verwertung ausgeschlossen ist, wenn das Angebot den Betrag der pfandgesicherten Forderung nicht übersteigt (Art. 126 und 141 SchKG). Vgl. dazu Amonn S. 226 N. 24; Fritzsche/Walder S. 418 f.; Fehlmann S. 79 ff.. Im Konkurs steht ein ungenügendes Angebot der Verwertung zwar nicht entgegen, doch sind pfandgesicherte Forderungen aus dem Erlös vorweg zu bezahlen (Art. 219 Abs. 1 SchKG); vgl. dazu Amonn S. 318 und 377.

71) vgl. oben § 2.2.1.4. bei N. 58

72) Nach der Pfändung hat sich der Schuldner jedwelcher nicht bewilligter Verfügung über gepfändete Vermögensstücke zu enthalten. In Missachtung dieses Verbotes erfolgte Verfügungen sind ungültig. Vorbehalten bleibt ein allfälliger Rechtserwerb durch einen gutgläubigen Dritten (Art. 96 Abs. 1 und 2 SchKG); vgl. dazu Fritzsche/Walder S. 357 ff.; Amonn S. 168 f..

schlagnahme dagegen bleibt es dem Schuldner unbenommen, Vermögensstücke zu veräußern oder zu belasten. Seine Verfügungen stehen einzig unter dem Vorbehalt der Anfechtbarkeit, insbesondere nach Art. 285 ff. SchKG (73). Möglich ist so- dann, dass schuldnerisches Vermögen nachträglich von gesetz- lichen Pfandrechten erfasst wird. Dass die Zwangsvollstrek- kung nicht auf die seinerzeit vorhandenen Aktiven beschränkt bleibt, kann sich umgekehrt auch zugunsten des Gläubigers auswirken. So kommt ihm insbesondere zugute, was der Schuldner seit Begründung der Forderung hinzu erworben hat. Seine Position kann sich ferner dadurch verbessern, dass früher vorhandene Belastungen nachträglich wegfallen.

Obwohl dingliche Rechte Dritter die Zugriffsmöglich- keiten der Gläubiger faktisch beeinträchtigen, bewirken sie in rechtlicher Hinsicht keine Haftungsbeschränkung. Ver- äussert der Schuldner einen Gegenstand, scheidet dieser aus seinem Vermögen aus. Zufolge des Grundsatzes, dass der Schuldner nur mit seinem eigenen Vermögen haftet, bleibt der fragliche Gegenstand fortan dem Zugriff der Gläubiger entzo- gen. Die Veräußerung kann mithin das Haftungssubstrat zum Nachteil der Gläubiger wohl schmälern; zu einer Haftungsbe- schränkung führt sie nicht. Die Haftung ergreift nach wie vor das gesamte, wenn auch mitunter geschundene Schuldner- vermögen. Entsprechendes gilt bei beschränkten dinglichen Rechten. Jede dingliche Belastung führt letztlich zu einer Aufspaltung der aus dem umfassendsten dinglichen Recht, dem Eigentum, fliessenden Rechte. Indem der Eigentümer einem Dritten ein Teilherrschaftsrecht einräumt, verzichtet er gleichzeitig auf einen Teil seiner eigenen Rechte (74). Im Falle der beschränkten dinglichen Rechte scheidet der be- troffene Gegenstand demnach zwar nicht ganz, wohl aber im Umfang der Belastung aus dem schuldnerischen Vermögen aus.

73) vgl. dazu Fritzsche II S. 273 ff.; Amonn S. 417 ff.; Favre S. 371 ff.. Anfechtungsmöglichkeiten bestehen fer- ner nach Art. 214 SchKG und Art. 578 ZGB.
74) Meier-Hayoz, syst. Teil N. 80; Tuor/Schnyder S. 627 ff.

Die Haftung kann aber, wie aus der Grundregel folgt, nur jenen Teil erfassen, der dem Schuldner unbelastet zusteht.

Nebst den dinglichen gibt es weitere Rechte, die jenen des betreibenden Gläubigers vorgehen, beispielsweise die Realobligationen (75).

3.2. Sicherungsrechte

Gewisse dingliche Rechte begründen für den Berechtigten eine privilegierte Zugriffsmöglichkeit. Hierzu gehören in erster Linie die Pfandrechte, ferner die Grundlast und das dem Pfandrecht verwandte Retentionsrecht. Nach dem Grundsatz der Typengebundenheit (76), von welchem das Sachenrecht beherrscht wird, bedürfen derartige Sicherungsrechte einer Grundlage im materiellen Recht. Es steht nicht im Belieben des Schuldners, einzelnen seiner Gläubiger irgendwelche im Gesetz nicht vorgesehene Haftungsprivilegien einzuräumen. Dies schliesst indessen nach herrschender Lehre und Rechtsprechung die Begründung pfandrechtsähnlicher Gebilde nicht aus. Zulässig sind deshalb sowohl das irreguläre Pfandrecht wie auch die Sicherungsübereignung (77).

75) vgl. dazu Liver Peter, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Die Grunddienstbarkeiten, Zürich 1968, N. 148 ff., insb. N. 149 der Einleitung, der diesen Begriff im schweizerischen Recht eingeführt hat; ferner Meier-Hayoz, syst. Teil N. 270; von Tuhr/Peter S. 22, Lenhard S. 19.

M.E. bewirken alle Rechte, die die Zugriffsmöglichkeiten nicht privilegierter Gläubiger zurückdrängen, eine zumindest partielle Vermögensverschiebung. Die Haftung des Schuldners bleibt auf den ihm verbliebenen Vermögensanteil beschränkt. Beruft sich der Berechtigte in einer von einem andern angehobenen Betreibung auf sein Vorzugsrecht, bestreitet er letztlich nichts anderes als die uneingeschränkte Zugehörigkeit des betreffenden Aktivums zum schuldnerischen Vermögen.

76) Meier-Hayoz, syst. Teil N. 78 ff.; Oftinger/Bär, syst. Teil N. 31.

77) Oftinger/Bär syst. Teil N. 182 ff. mit Verweisen.

Mit dinglicher Wirkung ausgestattete Sicherungsrechte zeitigen in der Schuldbetreibung eine positive und eine negative Wirkung:

- Positiv kann der Berechtigte, falls der Schuldner nicht bezahlt, den ihm haftenden Gegenstand verwerten lassen und sich aus dem Erlös vor den nicht privilegierten sowie den ihm im Range nachgehenden Gläubigern bezahlt machen (78);
- negativ kann er in einer von einem Dritten angehobenen Betreibung verlangen, dass sein Vorzugsrecht zu berücksichtigen sei (79).

Während der zweite Fall, wie bereits gezeigt, keine Ausnahme vom Haftungsgrundsatz, sondern lediglich eine Konsequenz der fehlenden Garantiehaftung darstellt, bildet das Recht auf vorzugsweise Befriedigung aus dem Verwertungserlös einen haftungsrechtlich relevanten Sonderfall, ein eigentliches Haftungsprivileg, welches als Ausnahme von der Regel der Gleichbehandlung aller Gläubiger in der Schuldbetreibung von grundlegender Bedeutung ist (80).

78) vgl. statt vieler Fritzsche/Walder S. 473 ff.

79) vgl. Fritzsche/Walder S. 418 f., und 440 f.

80) vgl. dazu Fritzsche/Walder S. 7 Rz. 8 und S. 15 Rz. 6 und 7; von Tuhr/Peter S. 20

§ 2 Die Verfahren zur Abklärung der Haftungsverhältnisse im Rahmen der Betreibung auf Pfändung und auf Pfandverwertung

1. Allgemeines

Es versteht sich von selbst, dass die Schuldbetreibung nur Vermögensteile erfassen darf, die der Haftung unterliegen. Die Haftungsverhältnisse umschreiben und begrenzen den Umfang jeder Zwangsvollstreckung (81).

Die Abklärung der Haftungsverhältnisse erfolgt in verschiedenen Verfahren. Das Widerspruchsverfahren ist eines davon. Auf der Grundlage der in den einleitenden Abschnitten gewonnenen Erkenntnisse werde ich im folgenden die einzelnen Verfahren skizzieren; dies im Bestreben, das Widerspruchsverfahren systematisch besser erfassen und insbesondere dessen Anwendungsbereich genauer umschreiben zu können.

Anzumerken bleibt, dass jeder Versuch, alle Verfahren in ein fugenloses Gesamtsystem einzuordnen, an deren konkreten Ausgestaltung im positiven Recht scheitern müsste. Der Gesetzgeber liess sich in zahlreichen Fragen allein von Zweckmässigkeitsüberlegungen (82) leiten. Selbst der scheinbar allgemein gültige Grundsatz, dass die Gerichte die materiellrechtlichen, die Betreibungsbehörden die vollstreckungsrechtlichen Streitigkeiten zu entscheiden haben (83), weist nur einen beschränkten Aussagegehalt auf. Dies beruht zunächst darauf, dass sich im Einzelfall oft nur mit erheblichen Schwierigkeiten feststellen lässt, ob eine Streitig-

81) vgl. Wagner S. 9 und oben § 1 1. bei N. 7

82) Blumenstein S. 109

83) Blumenstein S. 104 und 106; Amonn S. 37 ff.; Fritzsche/Walder S. 36 f.; Favre S. 79 f.; Jaeger/Daeniker N. 1 zu Art. 17 SchKG; BGE 95 I 313 ff. E. 3

keit materiell- oder vollstreckungsrechtlicher Natur ist (84). Schwierig zu erfassen sind namentlich die sogenannten betreibungsrechtlichen Klagen mit Reflexwirkungen auf das materielle Recht, welche gleichsam eine Mittelstellung einnehmen (85). Kraft ausdrücklicher gesetzlicher Zuordnung fallen ferner gewisse rein betreibungsrechtliche Streitigkeiten in die Kompetenz des Richters (86). Umgekehrt steht schliesslich auch den Betreibungsbehörden die Entscheidung

-
- 84) Selbst scheinbar "klassische" materiellrechtliche Streitigkeiten wie An- und Aberkennungsklagen (Art. 79 und 83 Abs. 2 SchKG) enthalten vollstreckungsrechtliche Elemente, indem sie die Wirkungen des Rechtsvorschlags bzw. der provisorischen Rechtsöffnung beseitigen. Vgl. zum Anerkennungsverfahren Amonn S. 128 f. und Fritzsche/Walder S. 223 ff. insb. S. 225, beide unter Hinweis auf BGE 107 III 61 ff.; zur Aberkennungsklage Amonn S. 143 f. N. 62. Ein anschauliches Beispiel bildet sodann die in Lehre und Rechtsprechung äusserst umstrittene Frage nach der Rechtsnatur der Widerspruchsklage. Vgl. die ausgezeichnete Zusammenfassung der Kontroverse bei Ramer S. 63 ff.; ferner Lenhard S. 44 ff., Stocker II S. 1 ff.; zur Praxis BGE 107 III 118 ff. E. 2; 99 III 14 mit Verweisen.
- 85) Trotz der Kritik Fritzsche/Walders (S. 38 N. 19) halte ich an der von Blumenstein geprägten, von zahlreichen Autoren übernommenen Terminologie fest (Blumenstein S. 107, Amonn S. 39, Favre S. 81, Lenhard S. 56). Der von Fritzsche/Walder vorgeschlagene Ausdruck "vollstreckungsrechtliche Klage mit materiellrechtlichem Hintergrund" mangelt an begrifflicher Schärfe. Einen "materiellrechtlichen Hintergrund" haben unter anderem auch eine Reihe unzweifelhaft betreibungsrechtlicher Streitigkeiten wie z.B. die provisorische Rechtsöffnung. Die Klagen mit Reflexwirkungen auf das materielle Recht charakterisieren sich aber durch das zusätzliche Merkmal, dass sie das materielle Rechtsverhältnis, welches an sich nur Gegenstand einer Vorfrage bildet, faktisch mitbeeinflussen. Hierin besteht die Reflexwirkung.
- 86) z.B. Bewilligung des nachträglichen Rechtsvorschlags (Art. 77 SchKG), Rechtsöffnung (Art. 80/82 SchKG); vgl. Fritzsche/Walder S. 37; Amonn S. 39 f.. Zur Entscheidung betreibungsrechtlicher Fragen ist der Richter nur aufgrund gesetzlicher Zuweisung befugt. Dies folgt aus Art. 17 Abs. 1 SchKG; vgl. dazu Jaeger/Daeniker N. 1 zu Art. 17 SchKG; Blumenstein S. 74 ff.; Amonn S. 39 f.; Fritzsche/Walder S. 37 ff..

einzelner materiellrechtlicher Fragen zu (87).

Im Bereiche der Verfahren zur Abklärung der Haftungsverhältnisse ist der genannte Grundsatz immerhin insofern von einiger Bedeutung, als er verschiedene positivrechtlich nicht geregelte Fälle besser zu erfassen erlaubt (88).

2. Die einzelnen Verfahren

2.1. Prüfung der Zugehörigkeit eines Vermögensobjektes zum Haftungssubstrat

2.1.1. Kompetenz der Gerichte (Widerspruchsverfahren)

Allfällige Drittrechte hindern eine Pfändung grundsätzlich nicht. Art. 95 Abs. 3 SchKG bestimmt ausdrücklich, dass Vermögensstücke, welche vom Schuldner als dritten Personen zugehörig bezeichnet oder von dritten Personen beansprucht werden, wenn auch erst in letzter Linie, so doch pfändbar

-
- 87) Dies ist vor allem bei der Beantwortung materiellrechtlicher Vorfragen der Fall. So kann z.B. der Betreibungsbeamte entscheiden, ob ein Gegenstand aus Gründen des materiellen Rechts unübertragbar und folglich unpfändbar sei. So hat er ferner vor Einleitung des Widerspruchsverfahrens zu prüfen, ob eine echte Drittansprache vorliege, ebenfalls eine rein materiellrechtliche Frage. Das Recht auf Vorausverwertung des Pfandes (beneficium excussionis realis) hat der Pfandschuldner nach feststehender Praxis auf dem Beschwerdeweg geltend zu machen, obwohl es sich dabei zumindest nach einem Teil der Lehre um eine materiellrechtliche Frage handelt (so Fritzsche/Walder S. 476 Rz. 10 unter Hinweis auf BLSchK 37 (1973) S. 142 Nr. 41 = SJZ 69 (1973) S. 75; a.M. Amonn S. 262, der von einem "rein verfahrensrechtlichen Anspruch" spricht; vgl. zur Praxis BGE 110 III 7; 106 III 5 ff.; 104 III 8 ff.).
- 88) vgl. unten 2.; wo das Gesetz wie beispielsweise beim Widerspruchsverfahren eine klare Regelung der Kompetenzen trifft, bleibt die Frage nach der Rechtsnatur dagegen zumindest unter diesem Gesichtspunkt von untergeordneter Bedeutung.

sind (89). Dem Betreibungsbeamten ist es verwehrt, zu prüfen, ob und in welchem Umfang ein bestimmtes Vermögensobjekt einem grundsätzlich der Haftung unterliegenden Vermögenskomplex zugehöre. Mögliche Drittrechte hat er lediglich bei der Reihenfolge der Pfändung zu beachten. Eine Pfändung ist selbst dann in weitestgehendem Masse möglich, wenn sich das fragliche Vermögensstück im Gewahrsam des Drittsprechers befindet (90). Immerhin ist es m.E. in diesem Fall ohne ausdrückliches Einverständnis des Dritten ausgeschlossen, den gepfändeten Gegenstand in amtliche Verwahrung zu nehmen (91).

Der Abklärung allfälliger die Zwangsverwertung ausschliessender oder beschränkender Drittrechte -- und nur dazu -- dient das Widerspruchsverfahren (Art. 106 bis 109 SchKG). Es war in der Gesetzgebung nie umstritten, dass die Entscheidung über Drittansprachen dem Richter zukommen müsse (92). Wohl ist die Widerspruchsklage nach heute vorherrschender, m.E. auch zutreffender Ansicht grundsätzlich voll-

89) BGE 107 III 67 ff. E. 3; 107 III 39; Berner Aufsichtsbehörde in BlSchK 49 (1985) Nr. 8 S. 30 ff. E. III.; Fritzsche/Walder S. 361 Rz. 1 und S. 292 ff.; Böschenstein S. 162

90) Vgl. Ramer S. 60 f., insb. S. 61 N. 71, mit Hinweisen auf die unterschiedliche Regelung im deutschen Recht; vgl. auch Wagner S. 10, Lenhard S. 3 f., Fritzsche/Walder S. 293 Rz. 31, Amonn S. 165, Walder, Arrestbewilligung, S. 21 Rz. 39; zur Praxis BGE 105 III 114 f. E. 4, 104 III 17

91) Ebenso Jaeger N. 13 zu Art. 98 SchKG, Lenhard S. 4 N. 3, Fritzsche/Walder S. 291 N. 64 und 294 Rz. 34, Gick S. 83 mit zahlreichen Hinweisen auf die Praxis; a.M. Blumenstein S. 342 N. 31, BGE 90 III 76 ff.. In BGE 104 III 18 f. hat das Bundesgericht die Frage offengelassen, jedoch eingeräumt, dass sich eine derartige Massnahme möglicherweise nicht durchsetzen liesse. Infolge der fehlenden Möglichkeit, den Gegenstand in Verwahrung zu nehmen, könnten dem Gläubiger allenfalls Nachteile erwachsen. M.E. könnte er diese jedoch dadurch abwenden, dass er entsprechende vorsorgliche Massnahmen im Rahmen einer Widerspruchs-, Lastenbereinigungs- oder gegebenenfalls Anfechtungsklage erwirken würde; so auch BGE 104 III 19 am Ende.

92) Fritzsche/Walder S. 361; Böschenstein S. 162

streckungsrechtlicher Natur (93). Streitgegenstand ist einzig die Frage, inwieweit der Pfändungsbeschluss aufrechtzuerhalten oder zu beseitigen sei. Die dafür ausschlaggebende materiellrechtliche Vorfrage steht jedoch derart im Vordergrund, dass es ohne jeden Zweifel richtig war, das Widerspruchsverfahren in ein gerichtliches Verfahren ausmünden zu lassen.

Drittrechte, die einer Verwertung ganz oder teilweise entgegenstehen, schmälern das Haftungssubstrat. Sie bewirken stets eine zumindest partielle Vermögensverschiebung (94). Im Umfang der jeweiligen Belastung scheiden die betroffenen Gegenstände aus dem der Haftung unterliegenden Vermögen aus. Indem das Widerspruchsverfahren ermöglicht -- wenn auch erst nach erfolgter Pfändung --, Bestand und Umfang von Drittrechten zu prüfen, kommt ihm die Funktion zu, die Zugehörigkeit eines gepfändeten Gegenstands zum Haftungssubstrat zu klären. Andere Haftungsfragen lassen sich dagegen, was gelegentlich übersehen wird (95), nicht im Widerspruchsverfahren klären.

2.1.2. Kompetenz der Betreibungsbehörden

Wie gezeigt, ist es grundsätzlich dem Richter vorbehalten, über Bestand, Inhalt und Umfang von Rechten, die eine Verwertung ausschliessen oder zurückdrängen, zu entscheiden. Den Betreibungsbehörden fehlt eine entsprechende Befugnis. Ein Vermögenswert ist selbst dann pfändbar, wenn es zweifel-

93) Ramer S. 65 ff. mit zahlreichen Verweisen; Stocker II S. 3; Blumenstein S. 391; Fritzsche/Walder S. 374 ff., insb. Rz. 33; Amonn S. 199 N. 39; Favre S. 205; Lenhard S. 57; differenzierend Wagner S. 136 ff.. Zur namentlich von älteren Autoren vertretenen Auffassung von einer materiellrechtlichen Natur der Widerspruchsklage vgl. die Zusammenfassung bei Ramer S. 63 f..

94) vgl. oben § 1 3.

95) Zu allgemein z.B. Wagner S. 9 f.

haft oder gar wenig wahrscheinlich ist, dass er dem Haftungssubstrat zugehört (96).

Von diesem Grundsatz kennt das geltende Recht folgende Ausnahmen:

a) Gemäss Art. 10 Abs. 1 VZG dürfen Grundstücke, die nicht auf den Namen des Schuldners eingetragen sind, nur dann gepfändet werden, wenn der Gläubiger glaubhaft (97) macht, dass:

- der Schuldner ohne Eintragung Eigentum erworben hat (98); oder
- das Grundstück kraft ehelichen Güterrechts für die Schulden des Betriebenen haftet (99); oder
- der Grundbucheintrag unrichtig ist.

96) Der Gläubiger ist nicht gehalten, seine Behauptung, der Vermögenswert stehe dem Schuldner zu bzw. unterliege sonst der Haftung, glaubhaft zu machen; Fritzsche/Walder S. 293 N. 76 unter Hinweis auf BGE 105 III 114 E. 1; Pr. 73 (1984) Nr. 117 S. 307; Böschstein S. 162.

97) Zum Begriff des Glaubhaftmachens vgl. Sträuli/Messmer N. 6 zu § 148 und N. 10 zu § 110 ZPO mit Verweisen; Walder, Arrestbewilligung, S. 3 ff..

Eine entsprechende Regelung gilt nach Art. 4 VVAG für den Fall, dass der Gläubiger die Pfändung eines Miteigentumsanteils verlangt, obgleich der Schuldner als Gesamteigentümer im Grundbuch eingetragen ist.

98) Vgl. Art. 656 Abs. 2 ZGB und dazu Tuor/Schnyder S. 513; zur Praxis BGE 81 III 101 E. 1 und 2; illustrativ zur unterschiedlichen Kognition von Betreibungsamt und Richter: BGE 84 III 16 ff. E. 1; zum Verfahren vgl. Art. 9 Anl. VZG

99) Diese Bestimmung bezieht sich insbesondere auf Art. 188 ZGB, wonach ein Vermögenswert durch Auflösung oder Wechsel des Güterstandes dem Zugriff bereits zuvor berechtigter Gläubiger nicht entzogen werden kann; BGE 57 III 41 ff. E. 1; Aufsichtsbehörde Graubünden in BlSchK 47 (1983) Nr. 115 S. 195 ff.; vgl. Lemp N. 22 ff. zu Art. 188 ZGB. Die Ansicht Lemp's (a.a.O. N. 44), der Betreibende habe auch bei beweglichem Vermögen und bei Forderungen die Weiterhaftung glaubhaft zu machen, ist abzulehnen. Die Pfändung von Vermögenswerten, deren Weiterhaftung umstritten ist, trifft den betroffenen Ehegatten nicht stärker als einen Dritten, der die Pfändung von Gegenständen im eigenen Gewahrsam hinnehmen muss. Die

Im beschränkten Umfang des Glaubhaftmachens hat mithin der Betreibungsbeamte die Kompetenz, die Vermögenszugehörigkeit zu prüfen. Kommt er zum Schluss, der Betreibende habe die oben erwähnten Voraussetzungen genügend dargetan, hat er das Grundstück zu pfänden und gleichzeitig von Amtes wegen das Widerspruchsverfahren einzuleiten (Art. 10 Abs. 2 VZG). Andernfalls hat er die Pfändung zu verweigern. Dann aber entfällt für den Gläubiger auch die Möglichkeit, ein Widerspruchsverfahren anzustreben, denn dieses setzt eine erfolgte Pfändung voraus. Der Gläubiger bleibt auf den Weg der Grundbuchberichtigungsklage (Art. 975 ZGB), allenfalls einer gegen den Dritten gerichteten Eigentumsfeststellungsklage (100) verwiesen.

Die Zwangsverwertung von registrierten Luftfahrzeugen (101) und Schiffen (102) erfolgt mit wenigen Ausnahmen nach den für die Grundstücke geltenden Bestimmungen. So haben die Betreibungsbehörden bei der Pfändung von Schiffen und Flugzeugen unter anderem auch Art. 10 VZG zu beachten.

b) Nach feststehender Lehre und Rechtsprechung haben die Betreibungsbehörden die Pfändung bzw. Arrestierung von Vermögenswerten, die offensichtlich einem Dritten gehören,

beiden Fälle im Pfändungsstadium unterschiedlich zu behandeln, besteht kein Anlass. Die Abklärung der Haftungsverhältnisse hat erst im Widerspruchsverfahren zu erfolgen. Der Anwendungsbereich von Art. 10 VZG muss angesichts des Ausnahmecharakters dieser Bestimmung auf Grundstücke beschränkt bleiben. Vgl. zum Ganzen unten § 8 6.

- 100) vgl. dazu Meier-Hayoz N. 133 zu Art. 641 ZGB. Das Rechtsschutzinteresse an einer Feststellungsklage dürfte angesichts der fehlenden Möglichkeit einer Widerspruchsklage zu bejahen sein. Indessen dürfte es dem Gläubiger kaum je gelingen, innert der betreibungsrechtlichen Fristen ein gutheissendes Urteil zu erstreiten.
- 101) Art. 52 des BG über das Luftfahrzeugbuch vom 7. Oktober 1959 (SR 748.217.1) und Art. 39 der VV vom 2. September 1960 (SR 748.217.11).
- 102) Art. 54 des BG über das Schiffsregister vom 28. September 1923 (SR 747.11).

zu verweigern (103). Eine in Verletzung dieses Grundsatzes vorgenommene Beschlagnahme ist nichtig (104). Es stellt sich die praktisch bedeutsame Frage, wo die Grenze zwischen offensichtlichem und lediglich sehr wahrscheinlichem Dritteigentum zu ziehen ist. M.E. ist die Entscheidungsbefugnis des Betreibungsbeamten auf solche Fälle zu beschränken, in denen die Rechtslage völlig klar ist, in welchen, anders ausgedrückt, eine Pfändung geradezu rechtsmissbräuchlich wäre. Jede weitergehende Kognition hätte eine Verwischung der Kompetenzen von Betreibungsbehörden und Richter zur Folge. Der Betreibungsbeamte sähe sich praktisch gezwungen, schon bei der Pfändung ein kleines "Widerspruchsverfahren" durchzuführen. Mit guten Gründen hat deshalb das Bundesgericht in dieser Frage einen sehr restriktiven Massstab angelegt und offensichtliches Dritteigentum nur bejaht, wenn der Gläubiger selbst den fraglichen Gegenstand einem Dritten zuschrieb (105). Dass der Gläubiger das Dritteigentum anerkennt und dennoch die Beschlagnahme verlangt, kommt namentlich dann vor, wenn er geltend macht, der Dritte halte das Eigentum treuhänderisch für den Betreibenden. Da jedoch nach Schweizer Recht der Fidejussor als vollberechtigt gilt, bleibt dieser

103) Pr. 73 (1984) Nr. 117 = BGE 109 III 120 ff.; 106 III 86 ff.; 82 III 69 ff. E. 2; Aufsichtsbehörde Genf in BLSchK 48 (1984) Nr. 10 S. 30; Fritzsche/Walder S. 293 mit Verweisen; Amonn S. 172; Schwartz S. 294.

104) BGE 106 III 86 ff. E. 1 mit zahlreichen Verweisen; Fehlmann S. 23; Walder, Arrestbewilligung, S. 19 Rz. 33

105) Pr. 73 (1984) Nr. 117 S. 308; vgl. auch Fritzsche/Walder S. 293 N. 76, welche unter Hinweis auf mehrere Entscheide ausführen, das Betreibungsamt sei auf "sofort verfügbare und eindeutige Beweismittel" beschränkt. Die in der jüngsten Rechtsprechung zum Ausdruck gekommene Beschränkung auf jene Fälle, in denen der Gläubiger selbst einen Dritten als Eigentümer bezeichnet, ist vorzuziehen. Sie mag für den Dritten hart erscheinen, hat aber den Vorteil der Klarheit für sich. Ferner muss man sich stets vor Augen halten, dass die Verweigerung der Pfändung ein nachfolgendes Widerspruchsverfahren ausschliesst. Der das offensichtliche Dritteigentum bejahende Entscheid des Betreibungsamtes bleibt damit zumindest in der laufenden Betreibung der richterlichen Ueberprüfung entzogen.

Einwand unbehelflich. In der Betreuung gegen den Treugeber ist nicht die Sache selbst, sondern lediglich dessen obligatorischer Herausgabeanspruch pfändbar (106).

Unter Hinweis auf die bundesgerichtliche Rechtsprechung hat die Genfer Aufsichtsbehörde einer Ehefrau die privilegierte Anschlusspfändung nach Art. 111 SchKG mit der Begründung verweigert, sie habe die gepfändeten Gegenstände zu Eigentum angesprochen (107). Dieses Beispiel zeigt anschaulich, dass offensichtliches Dritteigentum auch dann vorliegen kann, wenn sich der Gläubiger selbst als Eigentümer bezeichnet (108). Weiter erhellt daraus, dass widersprüchliches Verhalten auch im Betreibungsrecht keinen Rechtsschutz finden kann. M.E. ist denn auch der Grundsatz, dass nicht pfändbar ist, was der Gläubiger selbst als Dritteigentum bezeichnet, nichts anderes als ein Anwendungsfall des aus Treu und Glauben hergeleiteten Verbotes widersprüchlichen Verhaltens (109).

Kein offensichtliches Dritteigentum ist dann anzunehmen, wenn der Schuldner in einer früheren Betreuung den Drittanspruch anerkannt hat. Der Vermögenswert ist, falls noch vorhanden, gleichwohl pfändbar. Die Frage der Rechtszugehörigkeit hat der Richter im Widerspruchsverfahren zu entscheiden. Seine Aufgabe ist es auch, zu prüfen, inwieweit ein früheres Widerspruchsurteil in der neuen Betreuung Rechtskraft entfaltet (110).

Da das Pfändungsverbot bei offensichtlichem Dritteigen-

106) BGE 106 III 89 mit Verweisen; Walder, Arrestbewilligung, S. 21 f. Rz. 40

107) BlSchK 48 (1984) Nr. 10

108) So ist z.B. auch die Pfändung von Gegenständen, die der Betreibende selbst fiduziarisch für den Schuldner hält, ausgeschlossen; BGE 107 III 103 ff. E. 2.

109) "venire contra factum proprium"; vgl. dazu Merz Hans N. 400 ff. zu Art. 2 ZGB, in Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Einleitung (Art. 1 - 10), Bern 1962; Imboden/Rhinow zit. N. 4, S. 475 ff.

110) BGE 92 III 9

tum letztlich Ausfluss des Rechtsmissbrauchsverbotes ist, erscheint es mir angezeigt, den Betreibungsbehörden auch hinsichtlich anderer offensichtlicher Drittrechte eine entsprechende Prüfungsbefugnis zuzuerkennen (111).

c) Hingewiesen sei schliesslich auf eine Besonderheit im Arrestverfahren. Nach ständiger Praxis hat der Gläubiger nicht nur Arrestgrund und Forderung glaubhaft zu machen (Art. 272 SchKG), sondern darüber hinaus auch, dass die von ihm bezeichneten Vermögenswerte dem Schuldner gehören. Gelingt ihm dies nicht, hat die Arrestbewilligungsbehörde den Arrest zu verweigern (112). Sie hat mithin in der Frage der Vermögenszugehörigkeit eine gegenüber dem Betreibungsamt erweiterte Kognition. Dies führt, wie das Bundesgericht nun klargestellt hat, zu einer Gabelung des Rechtsmittelweges: Ist das Dritteigentum offenkundig, kann der Betroffene gegen den Arrestvollzug Beschwerde nach Art. 17 SchKG erheben; ist es dagegen bloss wenig wahrscheinlich, kann er staatsrechtliche Beschwerde gegen den Arrestbefehl einlegen, mit der Begründung, die Arrestbewilligungsbehörde habe willkürlich angenommen, der Gläubiger habe das Eigentum des Schuldners glaubhaft dargetan (113). Die Möglichkeit der staatsrechtlichen Beschwerde darf nicht zur Annahme verleiten, nach erfolgtem Arrestvollzug sei das Widerspruchsverfahren ausgeschlossen. Dies ergibt sich aus der ungleich weiteren Kognition des Richters im Widerspruchsverfahren einerseits, aus dem unterschiedlichen Streitgegenstand anderseits. Der Dritte kann folglich nach Vollzug des Arrests in jedem Fall, ob

111) Angedeutet für den Fall des Retentionsrechts in BGE 108 III 122 ff. = BLSchK 47 (1983) Nr. 98; vgl. ferner Schellenberg S. 151 bei N. 11 mit Hinweisen; vgl. auch Schwartz S. 294.

112) Pr. 73 (1984) Nr. 117 S. 307; Walder, Arrestbewilligung, S. 24 Rz. 46

113) Pr. a.a.O., S. 308. Dieser Entscheid hat einen drohenden negativen Kompetenzkonflikt innerhalb des Bundesgerichts, welcher durch die sich widersprechenden Urteile BGE 107 Ia 173 f. E. 2.c) und 107 III 33 ff. hätte entstehen können, beigelegt; vgl. auch Walder, Arrestbewilligung, S. 28 f. Rz. 59.

er nun staatsrechtliche Beschwerde ergriffen habe oder nicht, ein Widerspruchsverfahren in die Wege leiten. Ein abweisender Entscheid im staatsrechtlichen Beschwerdeverfahren vermag ein allfälliges Widerspruchsverfahren in keiner Weise zu präjudizieren.

d) Von den unter a) bis c) dargestellten Fällen echter Prüfungsbefugnis sind jene zu unterscheiden, in welchen das Betreibungsamt das Widerspruchsverfahren von Amtes wegen einzuleiten hat, wie insbesondere bei der Verwertung von Grundstücken. Der Betreibungsbeamte hat sämtliche Drittrechte, die aus dem Grundbuch ersichtlich sind, von Amtes wegen in das Lastenverzeichnis aufzunehmen (114). Ferner hat er bei der Pfändung von Vieh anhand des Registers festzustellen, ob Viehverschreibungen bestehen (115). Weder im einen noch im andern Fall steht es ihm jedoch zu, über Bestand, Inhalt und Umfang der betreffenden Drittrechte zu befinden. Dieser Entscheid bleibt dem Richter im Widerspruchsverfahren vorbehalten. Der einzige Unterschied zu "gewöhnlichen" Drittansprachen besteht darin, dass das Betreibungsamt auch ohne entsprechende Anmeldung des Berechtigten die Drittrechte vorzumerken und das Widerspruchs- oder Lastenbereinigungsverfahren von Amtes wegen einzuleiten hat (116).

-
- 114) Art. 140 Abs. 1 SchKG; Fritzsche/Walder S. 441 Rz. 11
115) Art. 27 Abs. 1 der Vo betreffend Viehverpfändung vom 30. Oktober 1917 (SR 211.423.1).
116) Ungenau deshalb Lenhard S. 6 und Böschenstein S. 166, welche sagen, die Drittrechte seien von Amtes wegen "zu berücksichtigen"; unklar ebenfalls Wagner S. 10, der von "gründlichster Prüfung" der Haftungsverhältnisse spricht.
Die Viehverpfändungsverordnung erklärt das Verfahren nach Art. 106/7 SchKG für anwendbar (Art. 27 Abs. 3). Diese Regelung erscheint mir fragwürdig. Der Registereintrag spricht für die Berechtigung des Dritten, weshalb es richtiger wäre, das Verfahren nach Art. 109 SchKG einzuschlagen. Nach einem älteren Bundesgerichtsentscheid ist jedoch allein auf den Gewahrsam am verpfändeten Vieh abzustellen; BGE 71 III 123.

Die für Grundstücke und Vieh geltende Regelung lässt sich nicht auf andere aus öffentlichen Registern ersichtliche Drittrechte übertragen. Der Betreibungsbeamte ist nicht gehalten, bei der Pfändung alle erdenklichen Register einzusehen, um mögliche Drittrechte festzustellen. Insbesondere ist er nicht verpflichtet, nach eingetragenen Eigentumsvorbehalten Nachschau zu halten (117).

2.2. Prüfung von Haftungsbeschränkungen

a) Ueber das Vorhandensein betreibungsrechtlicher und indirekt-materiellrechtlicher Haftungsbeschränkungen entscheidet der Betreibungsbeamte bei der Pfändung (118). Dies ergibt sich aus dem Wesen dieser Haftungsbeschränkungen, welche die Pfändbarkeit bestimmter Objekte ausschliessen, ohne einen Bezug zur konkreten Betreibungsforderung aufzuweisen. Gegen den Entscheid des Betreibungsbeamten ist Beschwerde nach Art. 17 ff. SchKG möglich, in letzter Instanz an das Bundesgericht (119).

b) Was die Prüfung materiellrechtlicher Haftungsbeschränkungen betrifft, findet sich im Gesetz einzig bezüg-

117) So ausdrücklich Art. 18 der Vo des Bundesgerichts betreffend die Eintragung der Eigentumsvorbehalte vom 19. Dezember 1910 (SR 211.413.1); vgl. Böschenstein S. 167; Haab/Simonius/Scherrer/Zobl N. 79 zu Art. 715/6 ZGB; Schwarzenbach S. 80. Hat der Betreibungsbeamte jedoch Kenntnis vom Bestehen eines Eigentumsvorbehaltes, was, da er selbst Registerführer ist, ohne weiteres denkbar ist, hat er mangels gesetzlicher Grundlage zwar nicht von Amtes wegen das Widerspruchsverfahren einzuleiten; wohl aber gebietet der Grundsatz von Treu und Glauben, dass er den Eigentümer von der Pfändung benachrichtigt und ihn auf die Möglichkeit hinweist, sein Recht anzumelden. Unhaltbar ist die Behauptung Fehlmanns (S. 23), das Widerspruchsverfahren sei immer von Amtes wegen einzuleiten, wenn die Rechtslage "zweifelhaft" sei.

118) Jaeger/Daeniker N. 1 B. zu Art. 92 SchKG S. 154; Fritzsche/Walder S. 315 Rz. 8

119) Beschwerden in Zusammenhang mit Unpfändbarkeitsbestimmungen sind häufig; vgl. z.B. BGE 110 III 17 ff. und die bei Fritzsche/Walder S. 315 ff. angeführten Entscheide.

lich der Sondergutshaftung eine klare Regelung. Gemäss Art. 68^{bis} SchKG ist der Einwand, die Ehefrau hafte nur mit dem Sondergut, durch begründeten Rechtsvorschlag geltend zu machen. Der Gläubiger kann dessen Wirkungen durch eine Klage auf Feststellung einer Vollschild, gegebenenfalls durch ein entsprechendes Rechtsöffnungsbegehren zu beseitigen suchen (120).

Es stellt sich die Frage, inwieweit sich diese Regelung auf andere materiellrechtliche Haftungsbeschränkungen übertragen lässt. Den Schuldner in jedem Fall auf den Weg des Rechtsvorschlages zu verweisen, scheint zunächst naheliegend zu sein. Dies entspräche der Rechtsnatur materiellrechtlicher Haftungsbeschränkungen wohl am besten. Indessen gilt es zu beachten, dass der Gläubiger im Betreibungsbegehren zwar Grund und Betrag der Forderung anzugeben hat, sich jedoch nicht darüber aussprechen muss, ob er eine allfällige Haftungsbeschränkung anzuerkennen bereit sei (121). Aus dem Zahlungsbefehl, der allein auf den Angaben des Gläubigers beruht, kann der Schuldner mithin nicht ersehen, ob der Gläubiger Befriedigung aus der Haftung nicht unterliegendem Vermögen suche. Vernünftigerweise aber lässt sich dem Schuldner nur dann zumuten, Rechtsvorschlag zu erheben, wenn er die Haltung des Gläubigers in dieser Frage erkennen kann. Es wäre widersinnig, ihn faktisch zu zwingen, vorsorglich Recht vorzuschlagen. Er liefere Gefahr, auf diese Weise ein Verfahren über eine möglicherweise gar nicht bestrittene Haftungsbeschränkung einzuleiten.

Der Rechtsvorschlag eignet sich folglich nur dann dazu, Haftungsbeschränkungen durchzusetzen, wenn der Betriebene anhand bestimmter Umstände erkennen kann, auf welche Vermögenswerte der Gläubiger greifen will. Dies ist denn auch bei der gesetzlich geregelten Sondergutshaftung der Fall. Beide

120) Fritzsche/Walder S. 214 Rz. 41; Amonn S. 154; Fritzsche I S. 249; Rüttimann S. 167; zur Rechtslage nach Auflösung der Ehe BGE 64 III 159

Ehegatten können ohne weiteres feststellen, woraus der Gläubiger Befriedigung sucht. Begnügt er sich mit einer Vollstreckung in das Sondergut, erhält lediglich die Ehefrau einen Zahlungsbefehl. Wenn er dagegen auch Gesamtgut oder eingebrachtes Gut in Anspruch nehmen will, ist beiden Ehegatten ein Zahlungsbefehl zuzustellen. Aufgrund dieser klaren Ausgangslage können sie entscheiden, ob sie das Vorliegen einer Vollschould bestreiten wollen (122). In gleicher Weise lässt sich bei der gegen ein Kind oder ein Mündel gerichteten Betreibung feststellen, ob der Gläubiger nur in das freie oder aber in das gesamte Vermögen vollstrecken will. Im ersten Fall ist der Zahlungsbefehl an das Kind bzw. Mündel, im zweiten jedoch an dessen gesetzlichen Vertreter zu richten. Was schliesslich die Verwaltungsbeiratschaft betrifft, so gilt der Beirat in bezug auf die Vermögenssubstanz als gesetzlicher Vertreter seines Schützlings. Entsprechend ist ihm ein Zahlungsbefehl zuzustellen, wenn der Betreibende die Haftung des Vermögens beansprucht und nicht lediglich auf die Erträge und den Arbeitserwerb greifen will (123). Die sich aus Kinds- und Vormundschaftsrecht ergebenden Haftungsbeschränkungen sind deshalb m.E. ebenfalls durch begründeten Rechtsvorschlag geltend zu machen.

Damit aber sind die Fälle, in denen sich der Rechtsvorschlag als Mittel zur Klärung von Haftungsbeschränkungen eignet, erschöpfend aufgezählt. Bei den übrigen, insbesondere bei sämtlichen vertraglichen Haftungsbeschränkungen, erweist sich dieser Weg nicht als gangbar. Dort wird der Schuldner in aller Regel erst im Pfändungsstadium erkennen,

121) Art. 67 Abs. 1 Ziff. 3 und 4 SchKG; Fritzsche/Walder S. 192 ff.; Amonn S. 112; Favre S. 129 ff.; Blumenstein S. 237

122) Art. 68bis Abs. 1 SchKG; Rüttimann S. 165 ff.

123) vgl. dazu oben § 1 2.2.1.1. N. 26; zur Betreibung gegen das Kind für das freie Vermögen betreffende Schulden vgl. BGE 106 III 8 ff. mit Verweisen; Fritzsche/Walder S. 81 Rz. 34; zur Verwaltungsbeiratschaft BGE 58 III 85 ff. E. 1

dass der Gläubiger den Zugriff auf nicht der Haftung unterworfenen Objekte sucht. Ein Rechtsvorschlag ist zu diesem Zeitpunkt nicht mehr möglich. Auch eine grosszügige Praxis bei der Bewilligung des nachträglichen Rechtsvorschlages vermöchte hier keine echte Abhilfe zu schaffen (124). Es drängt sich deshalb auf, den Schuldner in all jenen Fällen, in denen er erst bei der Pfändung erkennen kann, dass der Gläubiger sich nicht an eine Haftungsbeschränkung halten will, die Möglichkeit einzuräumen, gegen den Pfändungsvollzug Beschwerde nach Art. 17 ff. SchKG zu ergreifen (125).

Man mag gegen diesen Lösungsvorschlag einwenden, es könne nicht Sache des Betreibungsbeamten sein, eine unbestrittenermassen dem materiellen Recht zuzuordnende Rechtsfrage zu lösen. Indessen ist nach herrschender Auffassung die vorfrageweise Prüfung einer Frage aus einem anderen Rechtsgebiet zulässig, sofern keine gesetzliche Bestimmung sie verbietet (126). Da das SchKG abgesehen vom Sonderfall der Haftung nach ehelichem Güterrecht keine einschlägigen Vorschriften enthält, spricht zumindest unter diesem Gesichtspunkt nichts dagegen, dass das Betreibungsamt den Bestand einer Haftungsbeschränkung als Vorfrage im Hinblick auf die Pfändbarkeit eines bestimmten Objektes prüfen darf. Im übrigen bleibt es den Parteien grundsätzlich unbenommen, dieselbe Frage auch einem Zivilgericht zu unterbreiten.

-
- 124) Art. 77 SchKG. Wohl wäre es dem Schuldner in aller Regel ein leichtes, nachzuweisen, dass er die Verspätung nicht zu verantworten habe; doch wäre er gleichwohl gezwungen, den Richter anzurufen, und dies erst noch innert der kurz bemessenen Frist von drei Tagen.
- 125) Gleicher Ansicht, zumindest für den Fall vertraglicher Haftungsbeschränkungen, Guldener, dispositives Recht, S. 251 N. 199, und Schnyder von Wartensee, S. 36 f.; a.M. Jaeger N. *) zu Art. 95 SchKG; danach hätte die Vollstreckungsbehörde, "wenn der Gläubiger das Vorhandensein einer solchen Abmachung oder ihre Rechtsgültigkeit bestreitet, die Parteien an den Richter zu weisen." Die nähere Ausgestaltung des vorgeschlagenen Verfahrens bleibt unerläutert.
- 126) Ausführlich dazu Imboden/Rhinow, zit. § 1 N. 4, Bd. II S. 1047 ff., insb. S. 1054; BGE 101 III 1 ff. E. 3; 79 III 74

Der Betreibungsbeamte wäre an ein rechtskräftiges Zivilurteil gebunden. Doch gilt es zu bedenken, dass der Zivilrichter nicht in den Lauf einer bereits angehobenen Betreibung eingreifen kann. Eine zuvor eingeleitete Betreibung nähme mithin ungeachtet des Ausgangs eines allfälligen Zivilprozesses ihren Fortgang (127).

Die hier vorgeschlagene Lösung hat schliesslich den unbestreitbaren Vorteil, praktikabler zu sein als andere denkbare Varianten. Insbesondere erscheint es mir zweckmässig, die Haftungsfragen in jenem Verfahrensstadium zu prüfen, in denen sie sich am klarsten stellen. Gewisse formaljuristische Bedenken haben angesichts dieser offensichtlichen Vorzüge zurückzutreten.

Als mögliches Verfahren liesse sich allenfalls auch ein dem Widerspruchsverfahren nachgestaltetes Gerichtsverfahren im Anschluss an die Pfändung vorstellen (128). M.E. kann jedoch das Widerspruchsverfahren erst dann eingreifen, wenn grundsätzlich feststeht, welche Vermögensmasse der Haftung unterliegt. Es eignet sich nicht dazu, die sich vorgängig stellende Frage, ob überhaupt eine Haftungsbeschränkung bestehe, abzuklären.

-
- 127) Abgesehen von hier nicht aktuellen Sonderfällen wie z.B. die Einstellung der Betreibung nach Art. 85 SchKG vermag nur ein Rechtsvorschlag eine Betreibung zum Stillstand zu bringen; vgl. Walder Hans-Ulrich, Der Rechtsvorschlag, in BLSchK 36 (1972) S. 120 ff., S. 131; Amonn S. 118; Jaeger/Daeniker N. 10 zu Art. 85; Favre S. 141; Blumenstein S. 257 ff.; BGE 110 III 15; differenzierend für die Betreibung auf Pfandverwertung Schellenberg S. 61. In all jenen Fällen, in denen Haftungsbeschränkungen nicht vermittelt Rechtsvorschlag geltend gemacht werden können, hat der Schuldner also keine Möglichkeit, eine Einstellung der Betreibung bis zur gerichtlichen Klärung der Frage zu erwirken.
- 128) so wohl Böschstein S. 6., dessen Ausführungen zu dieser Frage allerdings recht unklar bleiben; vgl. auch den durch Art. 68bis SchKG überholten BGE 42 III 99 ff. E. 2.

Somit lässt sich zusammenfassend festhalten, dass die Haftungsbeschränkungen nach ehelichem Güterrecht, Kinds- und Vormundschaftsrecht durch begründeten Rechtsvorschlag geltend zu machen sind, während andere Haftungsbeschränkungen im Anschluss an die Pfändung auf dem Beschwerdeweg durchzusetzen sind. Unerheblich bleibt in beiden Fällen, ob die beschränkte Haftung auf Gesetz oder Vertrag beruht.

2.3. Prüfung von Haftungsprivilegien

Wie aus der Legaldefinition von Art. 37 SchKG erhellt, umschreibt das Betreibungsrecht die Begriffe "Faustpfand" und "Grundpfand" weiter als das Zivilrecht. Als "Pfand" gelten sämtliche Rechte, die dem Berechtigten erlauben, sich vorzugsweise aus dem Verwertungserlös eines nicht ihm gehörenden Vermögensobjektes bezahlt zu machen (129). Die mit dinglicher Wirkung versehenen Haftungsprivilegien (130) unterstehen folglich alle den für die Pfandrechte geltenden Regeln des SchKG's.

Der Pfandschuldner, der in der Betreibung auf Pfandverwertung (131) das Pfandrecht, d.h. das Haftungsprivileg als solches bestreiten will, hat begründeten Rechtsvorschlag zu erheben (132). Ist aus der Formulierung des Rechtsvorschlages nicht klar ersichtlich, dass er die Pfandhaft bestreiten

129) Fritzsche/Walder S. 474 f. Rz. 5; Amonn S. 262; Jaeger N. 1 ff. zu Art. 37 SchKG. Das irreguläre Pfandrecht und die Sicherungsübereignung stellen keine Pfandrechte im Sinne des SchKG's dar; vgl. dazu BGE 106 III 5 ff.

130) vgl. dazu oben § 1 3.2.

131) zu dieser Betreibungsart vgl. Fritzsche/Walder S. 473 ff., Amonn S. 261 ff., Blumenstein S. 505 ff.

132) Diese Regel, in Art. 85 Abs. 1 VZG für die Grundpfandbetreibung ausdrücklich vorgesehen, gilt nach konstanter Rechtsprechung auch in der Betreibung auf Faustpfandverwertung; BGE 105 III 120, 57 III 26; Fritzsche/Walder S. 482 Rz. 26 mit Verweisen, Favre S. 253, Jaeger/Daeniker N. 8 zu Art. 152 SchKG; Lenhard S. 104 f.; vgl. auch das in der Faustpfandbetreibung verwendete Zahlungsbefehlsformular Nr. 37.

will, wird angenommen, die Bestreitung beziehe sich nur auf die Forderung oder das Recht, sie auf dem Betreuungsweg geltend zu machen. Das Pfandrecht gilt für den weiteren Verlauf der Betreuung als anerkannt (133). Begründeten Rechtsvorschlag hat der Schuldner ferner dann zu erheben, wenn er in einer Betreuung auf Grundpfandverwertung einwenden will, dem Gläubiger hafte nur ein Faustpfand (134). In gleicher Weise ist die Einwendung, der Gläubiger habe zu unrecht auf Faust- statt auf Grundpfandverwertung betrieben, vorzubringen (135).

Die Wirkungen des die Pfandhaft betreffenden Rechtsvorschlags kann der Gläubiger nicht nur durch Klage auf Feststellung des Pfandrechts, sondern -- gleich wie beim gegen die Forderung an sich gerichteten Rechtsvorschlag -- durch Rechtsöffnung zu beseitigen versuchen. Der in dieser Hinsicht unklare Wortlaut von Art. 93 Abs. 1 VZG will nichts anderes besagen (136).

Der Rechtsvorschlag lässt sich dagegen nie im Widerspruchsverfahren entkräften (137). Pfandrechte können nur dann Gegenstand eines Widerspruchsverfahrens bilden, wenn der Pfandgläubiger in einer von Seiten eines Dritten angehobenen Betreuung die Berücksichtigung seines Sicherungs-

133) Amonn S. 266 N. 11; Brand S. 1; Zobl, syst. Teil N. 644; BGE 75 I 97 ff. E. 1; Ausfallsbehörde Basel-Stadt in BLSchK 38 (1974) Nr. 50 S. 185

134) BGE 105 III 63 ff. E. 1; 78 III 93 ff.. Der Beschwerdeweg steht nur dann offen, wenn der Pfandgläubiger selbst anerkennt, nur ein Faustpfand in Händen zu halten, und dennoch auf Grundpfandverwertung betreibt; BGE 78 III 97.

135) Zürcher Obergericht in SJZ 66 (1970) Nr. 74 S. 153 f. mit Verweisen

136) Amonn S. 266 Rz.13; Fritzsche/Walder S. 482 Rz. 26; Schellenberg S. 114; Brand S. 2; Zobl, syst. Teil N. 649 ff.; BGE 105 III 120, 105 III 65, 75 I 97 ff. E. 2

137) BGE 105 III 120; 74 III 65 ff. E. 1; Zobl, syst. Teil N. 668.

Dies gilt auch in der Grundpfandbetreuung; der Schuldner kann einen versäumten Rechtsvorschlag nicht im Lastenbereinigungsverfahren "nachholen"; Goetzinger S.

rechtes durchsetzen will. Das Pfandrecht schmälert diesfalls das Haftungssubstrat des selbst nicht dinglich berechtigten oder im Range nachgehenden Betreibenden. Der Streit betrifft hier mit andern Worten die Vermögenszugehörigkeit, eine Frage also, welche nach angehobener Betreibung nur im Widerspruchsverfahren abgeklärt werden kann (138).

Pfandrechte sind somit je nach Person des Betreibenden in grundlegend verschiedenen Verfahren zu prüfen. Hierin kommt der die dinglichen Sicherungsrechte charakterisierende Gegensatz von positiver und negativer Wirkung verfahrensrechtlich zum Ausdruck (139).

2.4. Prüfung von Dritthaftungsverhältnissen

a) Von den Fällen echter Dritthaftung (140) interessiert vorliegend in erster Linie das Drittpfandrecht. Gemäss Art. 153 Abs. 2 SchKG ist in der Betreibung auf Verwertung eines Drittpfandes nicht nur dem Schuldner, sondern auch dem Eigentümer des Pfandgegenstandes ein Zahlungsbefehl zuzustellen (141). Es handelt sich dabei nicht -- wie die Praxis

106; Holliger S. 3. Hingegen ist es hier aufgrund der Sonderregelung von Art. 140 Abs. 2 SchKG möglich, dass das Pfandrecht des betreibenden Gläubigers Gegenstand eines von einem andern im Lastenverzeichnis aufgeführten Berechtigten angehobenen Lastenbereinigungsprozesses bildet; BGE 74 III 65 ff. E. 1

138) vgl. oben 2.1.1. bei N. 94

139) vgl. oben § 1 3.2.; Zobl, syst. Teil N. 668 f.; zur Bedeutung der Person des Betreibenden in der Grundpfandbetreibung vgl. BGE 75 I 106.

140) dazu oben § 1 2.2.2.

141) Die Anwendung dieser Vorschrift bleibt nicht auf die darin angeführten Fälle, dass der Dritte das Pfand bestellt habe oder nachträglich Eigentum daran erworben habe, beschränkt. Grundsätzlich hat jeder Dritteigentümer Anspruch auf Zustellung eines Zahlungsbefehls; BGE 48 III 36 ff.. Zu denken ist insbesondere an den Fall der Pfandbestellung durch einen Nichtberechtigten. Vgl. aber Art. 88 Abs. 2 VZG, wonach keinen Zahlungsbe-
fehl erhält, wer das Eigentum nach Vormerkung einer Verfügungsbeschränkung gemäss Art. 90 und 97 VZG erwirbt.

ursprünglich angenommen hatte -- um eine blossе Ordnungsvorschrift (142). Die Bestimmung bezweckt vielmehr, den Dritten als Mitbetrieбenen in das Verfahren miteinzubeziehen, indem sie ihm ermöglicht, selbst Rechtsvorschlag zu erheben (143). Der Dritteigentümer kann wie der Schuldner sowohl das Pfandrecht als auch die Forderung an sich bestreiten (144). Der Gläubiger kann die Betreibung erst fortsetzen, wenn beide Zahlungsbefehle rechtskräftig geworden sind (145).

Oft ist unklar, wem das Eigentum an einem vom Gläubiger als Pfand beanspruchten Vermögensobjekt zusteht. Es stellt sich deshalb die Frage, unter welchen Voraussetzungen der Betreibungsbeamte das oben umschriebene Verfahren einzuleiten hat; oder anders ausgedrückt, wann er den Dritten als Eigentümer betrachten darf. Die Praxis hat hiezu folgende Regeln entwickelt:

Der Dritte hat nur dann Anspruch auf Zustellung eines Zahlungsbefehls, wenn:

- ihn der Gläubiger selbst als Eigentümer bezeichnet, oder
- das Dritteigentum gerichtlich festgestellt ist, oder
- er als Eigentümer im Grundbuch eingetragen ist (146).

- 142) Hinweise und Kritik bei Jaeger N. 2 zu Art. 153 SchKG; ausführlich Schellenberg S. 30 ff.
- 143) Jaeger/Daeniker N. 2 zu Art. 153; Fritzsche/ Walder S. 480 Rz. 23; Amonn S. 265 N. 6; Schellenberg S. 50 ff., insb. S. 54.; Zobl, syst. Teil N. 636; Brand S. 1; Lenhard S. 106 ff.. Für die Grundpfandbetreibung ist das Verfahren in Art. 88, 89, 100 und 103 VZG ausführlich geregelt. Zur Praxis BGE 73 III 97 ff.
- 144) vgl. Art. 88 Abs. 1 VZG; Amonn S. 266 N. 11; Schellenberg S. 100.
- 145) Fritzsche/Walder S. 481 Rz. 24 mit Verweisen; Amonn S. 265 N. 6 und 7; Schellenberg S. 53 und 110 ff.; BGE 105 III 120
- 146) Fritzsche/Walder S. 481 Rz. 24; Schellenberg S. 57 und 110 ff.; BGE 73 III 98; 48 III 36 ff. E. 3; für die Grundpfandbetreibung Art. 88 Abs. 1 VZG

In allen übrigen Fällen, namentlich also wenn er sein Eigentum nur behauptet, ist er wie irgend ein Drittansprecher zu behandeln. Der Betreibungsbeamte hat das Widerspruchsverfahren einzuleiten. Unterliegt der Dritte, ist die Betreibung allein gegen den Schuldner weiterzuführen. Ob- siegt er, hat ihn das Betreibungsamt nunmehr als Eigentümer zu betrachten und ihm infolgedessen nachträglich einen Zahlungsbe- fehl zuzustellen (147). Dies erst ermöglicht ihm, Pfandre- cht und Forderung durch Rechtsvorschlag zu bestreiten.

Das Urteil im Widerspruchsprozess besagt darüber grund- sätzlich nichts. Trotz der gerichtlichen Anerkennung des Dritteigentums bleibt die Möglichkeit bestehen, dass der fragliche Gegenstand zufolge eines Drittpfandverhältnisses weiterhin der Haftung unterworfen bleibt (148). Dass so mit-

147) Schellenberg S. 57 ff.; Zobl, syst. Teil N. 637 und 671 mit zahlreichen Verweisen; vgl. auch die nach wie vor in jeder Hinsicht überzeugende Begründung in BGE 48 III 36 ff. E. 3.

In einem in BLSchK 38 (1974) Nr. 47 S. 178 f. publi- zierten Entscheid der Genfer Aufsichtsbehörde wird aus- geführt, wenn ein Dritter im Verlaufe einer Betreibung auf Pfandverwertung den Pfandgegenstand als sein Eigen- tum beanspruche, müsse das Betreibungsamt dem Drittei- gentümer ebenfalls einen Zahlungsbe- fehl zustellen, ohne zuvor ein Widerspruchsverfahren durchzuführen. Walder hat den Ingress dieses Entscheides praktisch wörtlich in die Neuauflage des Werkes von Fritzsche übernommen (S. 481 Rz. 24) und der oben geschilderten Bundesge- richtspraxis gegenübergestellt. Dabei wird durch das hinzugefügte Wort "dagegen" ("Wenn dagegen ein Dritter ..." usw.) der Eindruck erweckt, es handle sich um einen Sonderfall, in welchem das Widerspruchsverfahren von vornherein ausgeschlossen sei. Der Genfer Entscheid ist jedoch, zumindest in der Formulierung des Ingres- ses, falsch. Es liegt kein Sachverhalt vor, der ein Abweichen von der wohl begründeten Bundesgerichtspraxis, auf die sich die Aufsichtsbehörde gar stützen zu können vermeint, rechtfertigen würde. Wenn das Dritt- eigentum umstritten ist, ist in jedem Fall zuerst ein Widerspruchsverfahren durchzuführen.

148) Anders in der Betreibung auf Pfändung: Wird hier fest- gestellt, dass ein Gegenstand im Eigentum eines Dritten

unter nach durchgeführtem Widerspruchsverfahren ein weiterer Rechtsgang erforderlich wird, ist aus prozessökonomischer Sicht unerwünscht. Das Bundesgericht schlägt deshalb vor, die entsprechenden Fragen bereits im Widerspruchsprozess zu klären, sei es "durch negative Feststellungsklage des Dritten oder Widerklage des Gläubigers, sodass das Urteil als Rechtsöffnungstitel zu dienen vermag" (149).

So vernünftig diese Lösung erscheinen mag, prozessrechtlich ist sie nicht unbedenklich. Widerklage und Klagehäufung sind an die Voraussetzung geknüpft, dass für alle Rechtsfragen die gleiche Verfahrensart vorgesehen ist (150). Die Verbindung einer Widerspruchsklage mit einer Forderungsklage oder Klage auf Feststellung des Pfandrechts erachte ich deshalb in all jenen Kantonen als unzulässig, in denen der Widerspruchsprozess dem beschleunigten Verfahren zugewiesen ist (151).

b) Dem Dritteigentümer einer nach Art. 895 ff. ZGB re-tinierten Sache ist im Vollstreckungsverfahren die gleiche Stellung einzuräumen wie dem Dritteigentümer eines Faustpfandes. Er hat folglich Anspruch auf Zustellung eines Zahlungsbefehls (152). Die Auseinandersetzung mit dem Dritteigentümer von Gegenständen, die Vermieter oder Verpächter re-tiniert haben, soll dagegen nach der Praxis in jedem Fall im Widerspruchsverfahren ausgetragen werden (153).

steht, ist er aus der Pfändung zu entlassen; vgl. auch Lenhard S. 102.

149) BGE 48 III 40

150) Vgl. für den Kanton Zürich §§ 58 Abs. 1 und 60 Abs. 1 ZPO; Guldener S. 215; Sträuli/Messmer N. 4 zu § 58 ZPO und N. 9 zu § 60 ZPO.

151) so z.B. im Kanton Zürich; § 22 Ziff. 3 GVG; vgl. im übrigen die Zusammenstellung bei Guldener S. 593 N. 5. Vgl. auch Sträuli/Messmer N. 4 zu § 58 ZPO, welche die Verbindung von Widerspruchsklage und Forderungsklage ausdrücklich als unzulässig bezeichnen.

152) Schellenberg S. 52; BGE 73 III 99; vgl. auch BGE 104 III 9

153) BGE 104 III 25 ff. E. 2 mit Verweisen; Bundesgericht in BlSchK 47 (1983) Nr. 98 S. 132 ff.; Jaeger/Daeniker N. 1.a) zu Art. 153 SchKG; vgl. aber die Kritik zu dieser m.E. unhaltbaren Praxis unten § 8 3. b) nach N. 434

c) Die sich bei der Gütergemeinschaft allenfalls ergebende Dritthaftung kann nur in einer gegen die Ehefrau gerichteten Betreibung Gegenstand eines Verfahrens bilden. Der Ehemann haftet ohnehin für alle Schulden persönlich und mit dem Gesamtgut (Art. 219 ZGB). Die Ehefrau kann sich dem Zugriff der Gläubiger auf das Gesamtgut nicht widersetzen, wie sie auch nicht verhindern kann, dass ihr Mann neue Verpflichtungen eingeht (154). Hingegen können in der Betreibung gegen die Ehefrau beide Ehegatten das Vorliegen einer Vollschuld durch begründeten Rechtsvorschlag bestreiten (155).

3. Verhältnis der einzelnen Verfahren zueinander

Wie sich in den vorstehenden Abschnitten ergeben hat, sind die Haftungsverhältnisse in verschiedenen, sich zum Teil stark unterscheidenden Verfahren abzuklären. Dabei hat sich gezeigt, dass jede Haftungsfrage grundsätzlich nur Gegenstand jeweils eines bestimmten Verfahrens bilden kann (156). Die Zulässigkeit eines Verfahrens schliesst gleichzeitig die aller übrigen aus. Dies äussert sich einerseits darin, dass eine Partei, die es versäumt hat, das zulässige Verfahren rechtzeitig einzuleiten, keine Möglichkeit hat, in einem späteren Verfahrensabschnitt den gleichen Einwand erneut zu erheben. Ist beispielsweise eine Haftungsbeschränkung durch Rechtsvorschlag geltend zu machen, kann der Schuldner nicht später aus dem selben Grund Beschwerde gegen den Pfändungsvollzug erheben oder ein Widerspruchsverfahren einleiten. Andererseits bleibt es den Parteien auch versagt, einzelne Haftungsfragen in einem früheren als dem dafür vorgesehenen Verfahrensstadium abklären zu lassen. So kann sich der Drittansprecher z.B. nicht bereits gegen den Vollzug der

154) Lemp N. 7 zu Art. 222 ZGB mit Verweisen.

155) Art. 68bis Abs. 2 SchKG; Lemp N. 29 ff. zu Art. 222 ZGB

156) vgl. oben 1./2.

Pfändung beschweren. Er hat vielmehr das Widerspruchsverfahren abzuwarten.

Der Grundsatz, dass für eine bestimmte Haftungsfrage jeweils nur ein einziges Verfahren zulässig ist, kann für die Betroffenen hart sein; dies umso mehr, als nicht anzunehmen ist, dass die mit der Prüfung von Haftungsfragen zusammenhängenden verfahrensrechtlichen Besonderheiten "im allgemeinen Rechtsbewusstsein verankert" sind (157). Eine gewisse Milderung lässt sich immerhin dadurch erreichen, dass offensichtliche Rechtsverhältnisse unabhängig von der jeweiligen Zuständigkeitsordnung berücksichtigt werden dürfen. Dieser von der Praxis namentlich in Zusammenhang mit dem Vorliegen offensichtlichen Dritteigentums vorgezeichnete Weg (158) lässt sich m.E. ohne weiteres auch auf weitere Fälle übertragen. Dabei ist jedoch darauf zu achten, "offensichtliche Rechtsverhältnisse" nur dann anzunehmen, wenn die Rechtslage wirklich völlig klar ist. Andernfalls müsste die Gerechtigkeit im Einzelfall mit dem zu hohen Preis verlorener Rechtssicherheit erkaufte werden.

Nicht ausgeschlossen ist, dass im Rahmen einer Betreibung mehrere Haftungsfragen streitig sind. Dann stellt sich die Frage nach der Reihenfolge der Verfahren. Die Antwort hierauf ergibt sich zwanglos aus deren zeitlichen Stufenfolge. In erster Linie sind jene Verfahren durchzuführen, die durch Rechtsvorschlag einzuleiten sind. Bevor ein rechtskräftiger Zahlungsbefehl vorliegt, ist eine Pfändung ausgeschlossen. Eine Beschwerde gegen den Pfändungsvollzug fällt

157) so Fritzsche I S. 250 für den Fall des ehelichen Güterrechts

158) vgl. oben 2.1.2. b) und dortige Verweise. Der gleiche Gedanke liegt BGE 105 III 65 zugrunde: "Einem auf Grundpfandbetreibung gerichteten Begehren hat das Betreibungsamt nur dann nicht im nachgesuchten Sinne stattzugeben, wenn der Gläubiger selbst einräumt, dass er nur ein Faustpfandrecht habe." Diesfalls liegt ein offensichtliches Rechtsverhältnis vor. Ist die Frage dagegen umstritten, hat der Betriebene den Einwand durch begründeten Rechtsvorschlag zu erheben.

somit erst in Betracht, wenn die Wirkungen eines allfälligen Rechtsvorschlages beseitigt sind. Das Widerspruchsverfahren seinerseits schliesst an den Pfändungsvollzug an. Es liegt deshalb nahe, es erst nach Erledigung eines die Pfändung betreffenden Beschwerdeverfahrens durchzuführen (159).

Ein Beispiel mag den Verfahrensablauf verdeutlichen: X. betreibt die Ehefrau Y. für eine Forderung aus Vertrag. Da er der Ansicht ist, es handle sich um eine Vollsschuld, lässt er auch Herrn Y. einen Zahlungsbefehl zustellen. Dieser stellt sich auf den Standpunkt er habe seiner Frau für die fragliche Verpflichtung keine Einwilligung erteilt, es liege folglich eine Sondergutsschuld vor. Er schlägt Recht vor. Im anschliessenden Prozess unterliegt X.. Er setzt die Betreuung, nunmehr auf das Sondergut beschränkt, allein gegen Frau Y. fort. Der Betreibungsbeamte pfändet unter anderem eine Bügelmaschine. Herr Y. wendet ein, die fragliche Maschine gehöre zum eingebrachten Frauengut. X. dagegen hält dafür, Frau Y. habe sie aus ihrem Arbeitserwerb gekauft, es liege mithin Sondergut vor. Frau Y. schliesslich vertritt die Ansicht, die Bügelmaschine sei als unentbehrliches Hausgerät im Sinne von Art. 92 Ziff. 1 SchKG unpfändbar, und ergreift Beschwerde. Diese wird mit der Begründung, sie müsse sich mit einem Bügeleisen begnügen, abgewiesen. Erst jetzt ist das Widerspruchsverfahren hinsichtlich der Ansprache des Ehemannes durchzuführen. Wird festgestellt, dass die Maschine zum eingebrachten Gut gehöre, ist sie aus der Pfändung zu entlassen. Ergibt sich jedoch im Widerspruchsverfahren, dass es sich um Sondergut handelt, bleibt der Pfändungsbeschluss erhalten, und X. kann die Verwertung verlangen.

159) BGE 84 III 33 ff.; 83 III 20 f.; Fritzsche/Walder S. 315 Rz. 7 mit Verweisen und S. 367 Rz. 15. Es wäre widersinnig, ein Widerspruchsverfahren über einen Gegenstand durchzuführen, von welchem sich später allenfalls herausstellen würde, dass er gar nicht pfändbar sei.

Schwieriger gestaltet sich die Frage nach der Reihenfolge der Verfahren in der Arrestbetreibung. Der Grund dafür liegt im Umstand, dass die Arrestierung bereits vor Vorliegen eines rechtskräftigen Zahlungsbefehls erfolgen kann. Somit kann sich ein Drittansprecher gezwungen sehen, seinen Anspruch in einem Zeitpunkt anzumelden, in welchem noch gar nicht feststeht, ob die Arrestgläubiger die Betreibung je fortsetzen können. Bis diese Frage rechtskräftig erledigt ist, sollte der Richter m.E. die Widerspruchsklage sistieren. Nur so lässt sich ein überflüssiger Widerspruchsprozess vermeiden (160). Was das Verhältnis von Unpfändbarkeitsbeschwerde zu Widerspruchsverfahren betrifft, ergeben sich in der Arrestbetreibung keine Besonderheiten.

160) so auch Lenhard S. 113

2. Teil: Begriff und Verfahrensabschnitte des Widerspruchsverfahrens

§ 3 Begriff

a) Das Gesetz enthält keine Bezeichnung für das in Art. 106 bis 109 SchKG geregelte Verfahren. In Lehre und Rechtsprechung hat sich in Anlehnung an § 771 der deutschen Zivilprozessordnung der Begriff "Widerspruchsverfahren" eingebürgert (1). Nach einer anderen Benennung zu suchen, besteht m.E. kein Anlass, zumal sich auch mit der trefflichsten Bezeichnung keine einzige Rechtsfrage lösen lässt (2).

b) Das Widerspruchsverfahren dient dazu, abzuklären, ob Drittrechte der Zwangsverwertung (3) entgegenstehen oder dabei zu berücksichtigen sind (4). Da derartige Drittrechte -- wie erwähnt -- in jedem Fall eine Schmälerung des Haftungssubstrats bewirken (5), betrifft es mithin stets die Frage, ob und allenfalls in welchem Umfang ein konkretes Vermögens-

-
- 1) Blumenstein S. 386; Amonn S. 189 ff.; Ramer S. 61 ff.; Lenhard S. 6; Wagner S. 9; Pedrazzini S. 19; Bürgi S. 1; Böschenstein S. 161; Pr. 73 (1984) Nr. 41; BGE 108 III 36 ff. E. 3
 - 2) vgl. Stocker I S. 2; der von Fritzsche vorgeschlagene (Bd. I S. 228), von Walder für das Verfahren nach Art. 107 SchKG übernommene (Fritzsche/Walder S. 366 Rz. 11) Ausdruck "Freigabeverfahren" hat sich nicht durchzusetzen vermocht.
 - 3) nicht der Pfändung, wie Stocker irrtümlich anführt; Stocker I S. 1
 - 4) Lenhard S. 6; Bürgi S. 2; Böschenstein S. 162; Amonn S. 189. Nach Fritzsche/Walder ist es "Aufgabe des in Art. 106 - 109 SchKG geregelten Verfahrens, den Entscheid zu treffen, ob ein bestimmter Gegenstand in die Zwangsvollstreckung gegen den Schuldner einbezogen werden dürfe oder nicht" (S. 361 Rz. 2 unter Hinweis auf BGE 44 III 208). Diese Umschreibung ist zu allgemein. Sie trifft wohl für das Widerspruchsverfahren zu, erfasst aber auch andere Verfahren wie beispielsweise die Prüfung von Unpfändbarkeitsbestimmungen.
 - 5) dazu oben § 2 2.1.1. und § 1 3.1.

objekt dem der Haftung unterworfenen Vermögen zugehöre. Das Widerspruchsverfahren lässt sich somit definieren als Verfahren, welches im Rahmen einer laufenden Betreuung erlaubt, abzuklären, inwieweit ein Vermögensobjekt dem Haftungssubstrat zugehöre (6). Zu dieser von den gängigen Umschreibungen etwas abweichenden Begriffsbildung ist folgendes anzumerken:

- Die Definition meidet den Begriff "Drittansprache" oder gleichbedeutende Bezeichnungen. Dies erlaubt, jene Fälle mitzuerfassen, in denen nicht ein Dritter, sondern der Gläubiger oder der Schuldner als Ansprecher auftreten. Dass der Gläubiger Rechte an gepfändeten Objekten geltend macht, kommt oft vor; dann nämlich, wenn der Schuldner auf der Pfändung eines Gegenstandes beharrt, welchen der Gläubiger für sich selbst beansprucht. Ein solches Verhalten liegt immer dann im Interesse des Schuldners, wenn das Betreibungsamt andernfalls zur Nachpfändung schreiten oder gar einen Verlustschein ausstellen müsste (7). Ungewöhnlich, aber nicht ausgeschlossen ist, dass der Schuldner selbst als "Dritt"-Ansprecher in Erscheinung tritt. Wenn die Haftung auf einen bestimmten Vermögenskomplex beschränkt ist, muss auch er den Einwand erheben dürfen, ein gepfändeter Gegenstand gehöre nicht zu diesem. So kann sich z.B. in der Sondergutsbetreuung die Ehefrau darauf berufen, ein Vermögensobjekt stelle eingebrachtes Frauengut dar. Die Frage ist im Widerspruchsverfahren zu erledigen; gewissermassen ein "Widerspruchsverfahren in eigener Sache" (8).

6) Lenhard spricht von "Betreibungssubstrat" (S. 101 und 104)

7) vgl. dazu Lenhard S. 42; Fritzsche/Walder S. 371 Rz. 22

8) vgl. Egger A., Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Familienrecht, Zürich 1936, N. 11 zu Art. 168 und N. 11 zu Art. 208 ZGB; a.A. Lemp N. 21 zu Art. 208 ZGB mit Hinweisen auf den Stand der Lehre. Eine andere Frage ist, inwieweit sich die Ehefrau im Einzelfall die Einrede des Rechtsmissbrauchs entgegenhalten lassen müsste.

- Weiter ist in der hier vorgeschlagenen Definition nicht von Schuldnervermögen, sondern von Haftungssubstrat die Rede. Damit will ich zum Ausdruck bringen, dass das Widerspruchsverfahren auch dann zur Anwendung kommen kann, wenn nur Teile des Schuldnervermögens oder aber auch Drittvermögen der Haftung unterliegen; wenn mit andern Worten eine Ausnahme vom Haftungsgrundsatz vorliegt (9).

- Das Widerspruchsverfahren erlaubt, die Vermögenszugehörigkeit zu klären. Die Prüfung dieser Frage erfolgt nicht aus Selbstzweck, sondern einzig unter dem Gesichtspunkt, ob und in welchem Umfang ein bestimmtes Objekt Gegenstand der Verwertung bilden kann (10). Das Widerspruchsverfahren, immer an den Bestand einer Betreibung gebunden, ist somit rein vollstreckungsrechtlicher Natur. Die Beantwortung der materiellrechtlichen Vorfrage steht jedoch dermassen im Vordergrund, dass sich der Widerspruchsprozess in seiner praktischen Abwicklung kaum von einem Prozess über das materielle Recht selbst unterscheidet. Dies gilt insbesondere für das Beweisverfahren.

- Die Behauptung Wagners, der "Ausdruck der Vermögenszugehörigkeit sei nur eine kurze Zusammenfassung sehr verwickelter Verhältnisse ohne wissenschaftlichen Erkenntniswert" (11), trifft nicht zu. Voraussetzung ist einzig, dass man darunter das Richtige versteht. Wagner bezieht "Vermögenszugehörigkeit" allein auf das schuldnerische Vermögen. Ausgehend von diesem unzutreffenden Ansatz, folgert er, der Begriff sei zu eng und zu weit gefasst, da die Haftung weder das ganze Schuldnervermögen ergreifen noch darauf beschränkt bleiben müsse; allein zutreffend sei deshalb der Haftungsbegriff. Indessen stellt sich auch in diesen von Wagner an

9) vgl. dazu oben § 1 2.2.

10) vgl. oben § 2 2.1.1. bei N. 93; Wagner S. 138; Guldener, Zwangsvollstreckung, S. 42

11) Wagner S. 138

sich richtig erkannten haftungsrechtlichen Sonderfällen die Frage, welche konkreten Gegenstände dem Haftungssubstrat zuzurechnen sind; unzweifelhaft eine Frage der Vermögenszugehörigkeit, nur eben dass "Vermögen" nicht ohne weiteres mit "Schuldnervermögen" gleichzusetzen ist. Dass der Begriff "Vermögenszugehörigkeit" ohne Erkenntniswert sei, glaube ich bereits in den Ausführungen von § 1 dieser Arbeit widerlegt zu haben. Er allein gestattet, das Widerspruchsverfahren von den übrigen Verfahren zur Abklärung der Haftungsverhältnisse abzugrenzen, wozu der Haftungsbegriff aus naheliegenden Gründen nicht taugen könnte.

c) Wie ich oben gezeigt habe, hat das Betreibungsamt der Frage nach der Vermögenszugehörigkeit nur in Ausnahmefällen von Amtes wegen nachzugehen (12). Grundsätzlich darf und muss es auch solche Gegenstände pfänden, deren Zugehörigkeit zum Haftungssubstrat fraglich, ja gar wenig wahrscheinlich erscheint. Damit versteht sich von selbst, dass dem Drittansprecher Gelegenheit zu geben ist, "im Betreibungsverfahren zu intervenieren und nötigenfalls durch Herbeiführung einer gerichtlichen Entscheidung die Berücksichtigung seines Rechtes zu erzwingen" (13). In dieser Regelung zeigt sich ein für das Schweizer Schuldbetreibungsrecht typischer Grundgedanke: Das Betreibungsamt hat seine Anordnungen ohne vorgängige Prüfung der materiellen Rechtslage zu treffen. Es bleibt Sache der betroffenen Parteien, nachträglich die entsprechenden Rechtsbehelfe zu ergreifen, um so zu versuchen, ihren Rechten in der Zwangsvollstreckung Nachachtung zu verschaffen (14). Insofern lässt sich das Widerspruchsverfahren durchaus mit dem Streit über den Bestand der Forderung, welchen der Schuldner durch Rechtsvorschlag

12) vgl. § 1 2.2.1.2

13) Lenhard S. 6; in gewissen Fällen hat das Betreibungsamt, ohne dass ihm eine Prüfungsbefugnis zukommen würde, das Widerspruchsverfahren von Amtes einzuleiten; vgl. § 1 2.2.1.2. bei N. 114

14) vgl. dazu Böschstein S. 162 und Bürgi S. 5; vgl. auch Guldener, Zwangsvollstreckung, S. 29

auslösen muss, vergleichen (15).

d) In zeitlicher Hinsicht greift das Widerspruchsverfahren grundsätzlich erst ein, wenn die übrigen Haftungsfragen geklärt sind (16). Dies beruht darauf, dass eine Pfändung selbst dann möglich ist, wenn die Vermögenszugehörigkeit unklar ist. Da alle übrigen Haftungsfragen vor oder spätestens bei der Pfändung zu prüfen sind, bildet das sich nach der Pfändung abwickelnde Widerspruchsverfahren zwangsläufig die letzte Stufe in der Abfolge der verschiedenen Verfahren. Diese Lösung entspricht dem Interesse der Gläubiger wie auch der Öffentlichkeit an einer möglichst raschen und wirkungsvollen Zwangsvollstreckung. Es kommt darin aber auch ein, wenn nicht zwingender, so doch beachtlicher systematischer Grundgedanke zum Ausdruck, eine Stufenfolge vom Grundsätzlichen zum Speziellen: Das Widerspruchsverfahren dient als letztes der genannten Verfahren dazu, die Zugehörigkeit eines konkreten Gegenstandes zum der Haftung unterliegenden Vermögen zu klären. Es greift erst dann Platz, wenn im übrigen feststeht, wie das Haftungssubstrat umschrieben ist. Das schon mehrfach angeführte Beispiel der Sondergutshaftung mag dies veranschaulichen: Hier ist zunächst zu prüfen, ob eine Sonderguts- oder Vollsschuld vorliegt. Erst wenn diese Frage geklärt ist, ist gegebenenfalls zu untersuchen, ob ein bestimmter Gegenstand Sondergut darstelle oder nicht.

Nicht zu übersehen ist indessen, dass die heutige Regelung die Interessen der Dritttansprecher mitunter empfindlich

-
- 15) Kritisch dazu Wagner S. 9 f., der darauf hinweist, dass das Widerspruchsverfahren unter Umständen von Amtes wegen einzuleiten ist. Indes: auch in diesem Fall können die Betroffenen nicht einfach untätig bleiben. Lediglich die Fristansetzung erfolgt von Amtes wegen. Ob sie die Frist nutzen wollen oder nicht, bleibt den Parteien anheimgestellt.
- 16) vgl. oben § 2 3.; eine Ausnahme besteht einzig in der Betreibung auf Pfandverwertung, wenn strittig ist, ob der Pfandgegenstand im Eigentum eines Dritten steht; vgl. dazu oben § 2 2.4. bei N. 147.

beeinträchtigen kann. Möglicherweise wird sich die Behauptung des Gläubigers, ein Gegenstand unterliege der Haftung, als völlig haltlos herausstellen. Dennoch bleibt der Pfändungsbeschluss bis zur rechtskräftigen Erledigung des Widerspruchsverfahrens bestehen. Die Möglichkeit des Dritten, den Gläubiger auf Schadenersatz zu verklagen, bleibt da ein schwacher Trost. Es dürfte ihm kaum je gelingen, zu beweisen, dass der Betreibende rechtswidrig und schuldhaft gehandelt habe (17). Noch stossender kann sich die zeitliche Abfolge der Verfahren in der Betreibung auf Pfandverwertung auswirken. Hier entfällt zwar das Pfändungsstadium, das Widerspruchsverfahren ist jedoch gemäss Art. 155 Abs. 1 SchKG erst nach gestelltem Verwertungsbegehren einzuleiten. Es entsteht ein Schwebezustand, der sich bei Liegenschaften bis zu zwei Jahren hinziehen kann. Während dieser Zeit ist es dem Drittanstreicher verunmöglicht, sein Recht durchzusetzen. Wohl kann er die Frage dem ordentlichen Richter unterbreiten. Diesem ist es jedoch nach herrschender Auffassung verwehrt, in die laufende Betreibung einzugreifen (18).

Es ist hier nicht Raum genug, zu diesem Problem einlässliche Stellung zu nehmen. Es bleibt nur zu betonen, dass die zeitliche Abfolge der einzelnen Verfahren in erster Linie auf einer positivrechtlichen Gewichtung von Gläubiger- und Schuldnerinteressen beruht. M.E. schlägt das Pendel heute zu stark auf die Seite der Gläubiger aus. Im Rahmen der

-
- 17) Die Ausübung prozessualer Rechte kann nur in Ausnahmefällen eine Schadenersatzpflicht auslösen; vgl. dazu Sträuli/Messmer N. 3 zu § 50 ZPO
- 18) Nach Schellenberg (S. 60 f.) gilt der Grundsatz, wonach der Zivilrichter nicht durch vorsorgliche Massnahmen die Einstellung einer pendenten Betreibung bewirken könne, "in einem solchen Fall wohl nicht"; ein einleuchtender Lösungsvorschlag, der aber in der Praxis auf einige Skepsis stossen dürfte.

Gesetzesrevision wäre deshalb ernsthaft zu prüfen, ob nicht wenigstens die Pfändbarkeit von Gegenständen im Gewahrsam des Dritttansprechers einzuschränken und ob das Widerspruchsverfahren in der Betreuung auf Pfandverwertung nicht früher anzusetzen wäre (19). Gründe der Systematik, so beachtlich sie sein mögen, dürfen jedenfalls einer ausgewogeneren Lösung nicht entgegenstehen.

19) Art. 95 Abs. 3 und 155 Abs. 1 VE SchKG entsprechen der heutigen Regelung.

§ 4 Verfahrensstufen

Das Widerspruchsverfahren gliedert sich in das rein administrative, vom Betreibungsamt zu leitende Vorverfahren einerseits, den vor den Gerichten zu führenden Widerspruchsprozess anderseits. Die Terminologie ist, namentlich was das Vorverfahren betrifft, uneinheitlich. So finden sich anstelle des hier verwendeten Ausdruckes die Bezeichnungen "betreibungsamtliches Verfahren" (20), "Widerspruchsverfahren im engeren Sinn" (21) und "Vorbereitungsverfahren" (22). Blumenstein bezieht den Begriff "Widerspruchsverfahren" nur auf das Vorverfahren (23).

a) Das Vorverfahren bezweckt zum einen, den Betroffenen Gelegenheit zu bieten, Drittrechte anzumelden und dazu Stellung zu nehmen; zum andern dient es der Vorbereitung des Widerspruchsprozesses, insbesondere der Zuweisung der Parteilrollen (24). Es unterscheidet sich stark, je nachdem ob der Schuldner alleinigen Gewahrsam am fraglichen Gegenstand hat oder nicht. Ist dies der Fall, hat der Betreibungsbeamte gemäss Art. 106 Abs. 2 SchKG dem Schuldner und dem Gläubiger Frist anzusetzen, innerhalb welcher sie den Anspruch des Dritten bestreiten können. Lassen sie die Frist ungenutzt verstreichen, gilt der Drittanspruch für den weiteren Verlauf der Betreibung als anerkannt und findet das Widerspruchsverfahren seinen Abschluss (25). Erfolgt eine Bestreitung, hat das Betreibungsamt nach Art. 107 Abs. 1 SchKG

20) Stocker I S. 2

21) Lenhard S. 7; Widerspruchsverfahren im engeren Sinn und Widerspruchsprozess bilden nach dieser Terminologie das "Widerspruchsverfahren im weiteren Sinn".

22) Bürgi S. 14; Jaeger, Randtitel zu Art. 106 SchKG

23) Blumenstein S. 386 ff., insb. S. 389

24) vgl. Böschenstein S. 163; Lenhard S. 7; Blumenstein S. 386

25) Fritzsche/Walder (S. 365) bezeichnen diesen Verfahrensabschnitt als "Anerkennungsverfahren", Amonn (S. 199 N. 38) als "Bestreitungsverfahren" und Blumenstein (S. 390) als "Benachrichtigungsverfahren".

den Drittansprecher aufzufordern, binnen zehn Tagen gerichtliche Klage zu erheben. Lässt er die Frist ungenutzt verstreichen, wird angenommen, er verzichte auf seinen Anspruch (Art. 107 Abs. 3 SchKG); andernfalls kommt es zum Widerspruchsprozess. Wenn sich das Pfändungsobjekt nicht im Alleingewahrsam des Schuldners befindet, entfällt ein formelles Bestreitungsverfahren, und das Betreibungsamt hat gemäss Art. 109 SchKG direkt Frist zur Erhebung der Widerspruchsklage anzusetzen. Wird innert dieser Frist keine Klage erhoben, gilt der Anspruch des Dritten als anerkannt.

b) Der Widerspruchsprozess ist je nach Gewahrsam nach Art. 107 oder Art. 109 SchKG durchzuführen. Im ersten Fall hat der Dritte, im zweiten der Gläubiger als Kläger aufzutreten. Die unterschiedliche Parteirollenverteilung hat nur prozessuale Bedeutung. Insbesondere trägt der jeweilige Kläger das Risiko, die Klage beim zuständigen Gericht rechtzeitig anzuheben (26). Ferner kann ihn gegebenenfalls eine kantonalrechtliche Kautionspflicht treffen (27). Der Beklagte seinerseits hat den Vorteil, dass er zuwarten kann, bis der Kläger handelt. Sodann kann sich die Beklagtenrolle auch sonst prozesstaktisch als günstiger erweisen. Im übrigen aber unterscheiden sich die beiden Verfahren kaum. Insbesondere hat die Parteirollenverteilung keinen Einfluss auf Behauptungs- und Beweislast (28).

Nach Fritzsche/Walder handelt es sich bei der Klage nach Art. 107 SchKG um eine Gestaltungs-, bei jener nach

26) vgl. Fritzsche/Walder S. 376 Rz. 35

27) so z.B. § 73 ZPO ZH und dazu Sträuli/Messmer N. 1 zu § 73 ZPO

28) Fritzsche/Walder S. 375 f. Rz. 35; Amonn S. 203 N. 55; Wagner S. 91 mit zahlreichen Verweisen; Favre S. 209; BGE 88 III 127

Art. 109 SchKG um eine Feststellungsklage (29). Die Unterscheidung erscheint mir etwas fragwürdig. Sie beruht m.E. auf einer zu starken Gewichtung des klägerischen Rechtsbehrens. Der nach Art. 107 SchKG vorgehende Dritte verlangt, der von ihm angesprochene Gegenstand sei aus der Pfändung zu entlassen. Heisst der Richter die Klage gut, hat er mithin rechtsgestaltend in die Betreibung einzugreifen. Wenn dagegen nach Art. 109 SchKG der Gläubiger als Kläger auftritt, zielt dieser darauf ab, den Pfändungsbeschluss aufrechtzuerhalten. Obsiegt er, hat der Richter dies im Sinne einer Feststellung in das Urteilsdispositiv aufzunehmen. Weist er die Klage jedoch ab, hat er die Entlassung des Gegenstandes aus der Pfändung anzuordnen. Damit aber hat er ein prozessuales Gestaltungsurteil zu fällen (30). Die beiden Klagen unterscheiden sich in diesem Punkt somit einzig dadurch, dass im Falle von Art. 107 SchKG dem gutheissenden, in jenem von Art. 109 SchKG dem abweisenden Urteil Gestaltungswirkung zukommt. Aus diesem Grunde erachte ich beide Klagen als prozessuale Gestaltungs- und nicht als Feststellungsklagen.

29) Fritzsche/Walder S. 375 Rz. 34; Ramer S. 70 ff.
30) Ebenso Ramer S. 75 ff.

3. Teil: Der Anwendungsbereich des Widerspruchsverfahrens im besonderen

§ 5 Notwendigkeit und Zweckmässigkeit des Widerspruchsverfahrens

1. Problemstellung

In den vorangehenden Abschnitten war von Drittrechten die Rede, die einer Verwertung ganz oder teilweise entgegenstehen. Ich habe dargelegt, dass derartige Rechte in jedem Fall eine zumindest partielle Schmälerung des Haftungssubstrats bewirken, und ausgehend davon das Widerspruchsverfahren als Verfahren, welches die Zugehörigkeit eines Vermögensobjektes zum Haftungssubstrat zu klären erlaubt, definiert (1). Unerörtert blieb vorerst, welchen Drittrechten eine solche Wirkung zukommt. Erst die Beantwortung dieser Frage gestattet, den Anwendungsbereich des Widerspruchsverfahrens im Einzelfall festzulegen.

Das Gesetz nennt in Art. 106 Abs. 1 SchKG nur Eigentum und Pfandrechte an Sachen. Die Rechtsprechung hat den Anwendungsbereich des Widerspruchsverfahrens indessen sowohl hinsichtlich der möglichen Rechte als auch der Rechtsobjekte erheblich erweitert. Bevor ich auf die einzelnen Fälle eingehe (2), will ich allgemein zu ergründen versuchen, inwieweit überhaupt eine Notwendigkeit oder wenigstens ein Bedürfnis besteht, Drittrechte im Rahmen der Betreibung zur Abklärung zu bringen. Dabei gehe ich von folgender Frage-

1) vgl. oben § 2 2.1.1. und § 3

2) vgl. unten §§ 6 bis 8

stellung aus:

- Welche Art von Drittrechten geht der Zwangsvollstreckung vor ?
- Was ist die Folge, wenn das Betreibungsamt derartige Drittrechte nicht berücksichtigt ?
- Wer überhaupt ist an der Durchführung eines Widerspruchsverfahrens interessiert ?

2. Rechte, die der Zwangsvollstreckung vorgehen

a) Vorweg ist festzuhalten, dass nur materielle Drittrechte Gegenstand des Widerspruchsverfahrens bilden können. Unerheblich ist, ob sie auf öffentlichem oder Privatrecht beruhen. Prozessuale, insbesondere betreibungsrechtliche Vorrechte lassen sich nie im Widerspruchsverfahren durchsetzen (3). Dies folgt zum einen aus dem in dieser Hinsicht klaren Sinn von Art. 106 Abs. 1 SchKG, zum andern aus der systematischen Stellung des Widerspruchsverfahrens im Schuldbetreibungsrecht. Vollstreckungsrechtliche Privilegien sind im Kollokationsprozess (4) oder Beschwerdeverfahren (5) zu behandeln.

b) Somit bleibt zu prüfen, welche materiellen Rechte dem Recht des betreibenden Gläubigers auf Verwertung eines

-
- 3) Ramer S. 66; Blumenstein S. 383, der allerdings zu eng nur Rechte zivilrechtlicher Natur anführt; Lenhard S. 20; Fritzsche/Walder S. 386 N. 56; Amonn S. 191 N. 14; Stokker I S. 12; Jaeger/Daeniker N. 7 zu Art. 106 SchKG
 - 4) Art. 146 SchKG und dazu Fritzsche/Walder S. 461. Umgekehrt ist es m.E. auch ausgeschlossen, den Streit über materielle Drittrechte im Kollokationsprozess auszutragen; ebenso Amonn S. 253 N. 20; a.M. Fritzsche/Walder S. 481 Rz. 24 und Bürgi S. 51, beide unter Hinweis auf BGE 65 III 52.
 - 5) Der Beschwerdeweg steht nur dann offen, wenn die Kollokationsklage ausgeschlossen ist; so wenn ein Gläubiger seine eigene Kollokation anfechtet, oder wenn Streit zwischen Gläubigern verschiedener Pfändungsgruppen entsteht.

bestimmten Gegenstandes vorgehen. Die Frage führt in den äusserst komplexen Problemkreis des Verhältnisses von materiellem und Vollstreckungsrecht. Die beiden Rechtsgebiete durchdringen sich gegenseitig. Keineswegs ist das Vollstreckungsrecht dem materiellen Recht in jedem Fall untergeordnet. Namentlich das Konkursrecht greift tief in materielle Rechtsverhältnisse ein (6), aber auch die Betreibung auf Pfändung zeitigt vereinzelt materiellrechtliche Wirkungen (7). Derartige Eingriffe sind jedoch nur dort gerechtfertigt, wo der Zweck des Vollstreckungsrechts, materielles Recht zwangsweise zu verwirklichen, sie erheischt. Das Zwangsvollstreckungsrecht darf nicht zum Selbstzweck erstarren. Es hat sich am übergeordneten Zweckgedanken zu orientieren.

In der Frage, inwieweit Drittrechte einer Verwertung entgegenstehen, besteht kein Anlass, von einer rein materiellrechtlichen Betrachtungsweise abzuweichen. Am prägnantesten hat dies Leuch formuliert: "Nun ist es richtig, dass der Steigerungsakt einen staatlichen Hoheitsakt darstellt. Aber es ist für unser Betreibungsrecht gerade charakteristisch, dass dieser Staatsakt -- wenn es sich um Sachen handelt -- das Eigentum daran nicht ohne Rücksicht darauf, ob sie dem Betreibungsschuldner gehören oder nicht, auf den Ersteigerer übergehen lässt, sondern nur nach Massgabe der

-
- 6) vgl. insb. Art. 208 ff. SchKG und dazu Fritzsche II S. 60 ff.
- 7) Nebst den materiellrechtlichen Folgen des Verlustscheins ist folgender Fall der Erwähnung wert: Der Faustpfandgläubiger kann die Verwertung seines Pfandes in einer von einem andern Gläubiger angehobenen Betreibung nicht verhindern. Vorausgesetzt das Deckungsprinzip ist gewahrt, ist das Pfandrecht zu liquidieren und der Pfandgläubiger selbst gegen seinen Willen auszubezahlen. Eine Ueberbindung der Last auf den Ersteigerer, wie bei der Grundstückverwertung vorgesehen, erfolgt nie. Vgl. Fritzsche/Walder S. 419 unter Hinweis auf BGE 64 III 193; vgl. auch BGE 106 II 195.

Vorschriften des Zivilrechts" (8). Dieser Grundgedanke lässt sich ohne weiteres auf andere Rechtsobjekte übertragen.

Die Zwangsversteigerung -- gegebenfalls der Freihandverkauf -- kann dem Erwerber demnach nur das verschaffen, worüber auch der Schuldner hätte verfügen können. Der Grundsatz, dass niemand mehr Rechte übertragen kann, als er selbst hat, gilt mit andern Worten auch dann, wenn die Veräusserung zwangsweise erfolgt. Die Verfügungsmacht (9) des Schuldners (10) begrenzt mithin den Umfang der Zwangsvollstreckung. Drittrechte, welche seine Verfügungsmacht einschränken oder ausschliessen, sind im Betreibungsverfahren gleichermassen zu beachten. Hievon kennt das geltende Recht eine einzige Ausnahme: Ein vertragliches Abtretungsverbot (11) hindert den Gläubiger, über die Forderung zu verfügen. Eine dennoch erfolgte Zession bleibt grundsätzlich wirkungslos. In einer gegen ihn gerichteten Betreibung dagegen ist eine derartige Forderung dessenungeachtet pfänd- und verwertbar. Der Schuldner kann dem Ersteigerer die Einrede der Unabtretbarkeit nicht entgegenhalten (12). Der Steigerungsakt führt hier zu einer Rechtsübertragung, die der Betriebene selbst nicht hätte herbeiführen können (13).

c) Die Frage, welche Drittrechte einer Verwertung entgegenstehen fällt nach dem Gesagten mit jener nach der Verfügungsmacht des Betriebenen zusammen. Somit bleibt zu untersuchen, welche Drittrechte die Verfügungsmacht beschrän-

8) Leuch S. 7; Piotet S. 540; von Tuhr/Escher S. 373

9) vgl. dazu von Tuhr/Peter S. 214 ff. mit Hinweisen

10) Der sprachlichen Klarheit zuliebe verzichte ich im folgenden darauf, den Sonderfall der Dritthaftung zu erwähnen, und spreche nur von "Schuldner" oder "Betriebenen".

11) Art. 164 Abs. 1 OR und dazu von Tuhr/Escher S. 346 f. sowie Walder, Lohnabtretung, S. 34 f.

12) vgl. oben § 1 2.2.1.3. bei N. 44

13) von Tuhr/Escher S. 351; vgl. auch Oftinger/Bär N. 24/5 zu Art. 899 ZGB

ken. In allgemeiner Weise lässt sich diese allein das materielle Recht beschlagende Frage dahingehend beantworten, dass nur absoluten Rechten eine solche Wirkung zukommen kann. Sie gelten gegenüber jedermann. Sie enthalten ein an alle Rechtsgenossen gerichtetes Verbot, die dem Berechtigten durch sie eingeräumte Rechtsstellung zu verletzen (14). Aus der Sicht des Nichtberechtigten bewirken absolute Rechte Dritter demzufolge stets eine Beschränkung der eigenen Verfügungsmacht. Er kann hinsichtlich der davon erfassten Rechtsobjekte keine die Rechte des Dritten missachtenden Verfügungen treffen. Sein Können, nicht etwa nur sein Dürfen, ist in diesem Sinne beschränkt.

Anders bei obligatorischen Rechten: Sie sind relativ; d.h. sie betreffen lediglich das Verhältnis zwischen Schuldner und Gläubiger. Der Gläubiger hat nur mittelbar, über die Person des Schuldners Zugriff auf den Leistungsgegenstand (15). Die Verfügungsmacht des Schuldners wird durch seine Verpflichtung in keiner Weise geschmälert. Es ist ihm zwar verboten, gleichwohl aber möglich, den fraglichen Gegenstand einem andern zu veräußern, ihn zu belasten oder ihn gar zu derelinquieren. Ein solches Verhalten wird zwar regelmässig eine Schadenersatzpflicht auslösen; das Verfügungsgeschäft jedoch bleibt dennoch gültig (16).

Eine Mittelstellung nehmen die sogenannten Realobligationen ein, bei welchen der Schuldner und oft auch der Gläubiger durch die dingliche Berechtigung an einer Sache be-

-
- 14) Meier-Hayoz, syst. Teil N. 242; vgl. auch von Tuhr/Peter S. 9 und Pedrazzini S. 30 f.
15) Meier-Hayoz, syst. Teil N. 243; von Tuhr/Peter S. 9ff.; Lenhard S. 16; Pedrazzini S. 27 ff.; vgl. auch Amonn S. 192 N. 16; Jaeger N. 5 zu Art. 106 SchKG S. 332
16) von Tuhr/Peter S. 215

stimmt werden (17). In ihrer Auswirkung auf das Betreibungsrecht nähern sich die Realobligationen stark den absoluten Rechten. Wohl bleibt dem Gläubiger der Zugriff auf den Leistungsgegenstand auch hier nur über die Person des Schuldners gewahrt. Da er seinen Anspruch aber gegen jeden beliebigen Erwerber der Sache durchsetzen kann, erfährt dieser gleichsam eine "Verdinglichung". Praktisch ist ihm dadurch auch der Zugriff auf den Leistungsgegenstand als solchen gesichert; denn dieser besteht entweder in der Sache selbst (18) oder hängt zumindest eng mit ihr zusammen. Vom Sacheigentümer aus gesehen, bewirkt die Realobligation eine einem beschränkten dinglichen Recht vergleichbare Einschränkung seiner Verfügungsmacht. Er kann wohl über die Sache verfügen; die Rechtsstellung des realobligatorisch Berechtigten jedoch kann er dadurch nicht beeinträchtigen.

Somit bleibt festzuhalten, dass nur absolute und die ihnen in ihrer Wirkung vergleichbaren realobligatorischen Rechte die Verfügungsmacht beschränken können. Sie -- und nur sie -- sind folglich auch in der Zwangsvollstreckung vorbehaltlos zu beachten (19). Allein sie vermögen die Verwertung auszuschliessen oder zurückzudrängen.

-
- 17) vgl. von Tuhr/Peter S. 22; Liver S. 21 f.; Meier-Hayoz, syst. Teil N. 267 ff., insb. N. 271; Amonn, Zwangsverwertung, S. 41; BGE 106 II 186 f. mit zahlreichen Verweisen; zu den umfangreichen, teils äusserst schwer verständlichen Auseinandersetzungen über das Wesen der Realobligation kann ich im Rahmen der vorliegenden Arbeit nicht Stellung nehmen.
- 18) Dies ist namentlich bei den vormerkbaren persönlichen Rechten wie Vorkaufs-, Kaufs- und Rückkaufsrecht der Fall; Art. 681 und 683 ZGB und dazu Meier-Hayoz, syst. Teil N. 279 mit weiteren Beispielen; ders. N. 263 zu Art. 681 ZGB; vgl. auch Fritzsche/Walder S. 441 bei N. 21
- 19) vgl. Meier-Hayoz, syst. Teil N. 244, Lenhard S. 12; zu den Realobligationen vgl. Meier-Hayoz, syst. Teil N. 296, Amonn S. 192, Lenhard S. 19

d) Nicht nur Sachen und Immaterialgüter (20), sondern auch obligatorische Rechte können Gegenstand absoluter Rechte sein. Hierbei handelt es sich nur um einen scheinbaren Widerspruch. Forderungen sind grundsätzlich übertragbar (21), verpfändbar (22) und können einer Nutzniessung unterstehen (23). Die Verfügungsmacht steht dem Gläubiger zu. Sein "Gläubigerrecht" (24) ist insofern absolut, als damit eine gegenüber jedermann durchsetzbare Rechtsmacht verbunden ist. Er kann gegen jeden Dritten, der sich seinerseits als Gläubiger der selben Forderung ausgibt, rechtlich vorgehen. Insbesondere ist er legitimiert, den sogenannten Prätendenstreit zu führen (25). Denkbar ist ferner, dass er sein Recht auf dem Wege einer Hauptintervention durchsetzen kann (26). Am anschaulichsten zeigt sich die absolute Komponente obligatorischer Rechte bei Inhaberpapieren. Hier ist die Gläubigerstellung untrennbar mit der dinglichen Berechtigung am Papier verbunden (27). Der Gläubiger kann sein Recht als Eigentümer des Papiers und damit seine Gläubigerstellung gegen jedermann durchsetzen. Ob nun aber die Forderung in einem Wertpapier verbrieft sei oder nicht, eines muss man sich stets vor Augen halten: Nur die Gläubigerstellung als solche ist absolut; das durch sie vermittelte Recht bleibt relativ. Der Gläubiger kann sich zwar zur Wehr setzen, wenn

-
- 20) Meier-Hayoz, syst. Teil N. 360
21) Art. 164 ff. OR und dazu von Tuhr/Escher S. 329 ff.
22) Art. 899 Abs. 1 ZGB und dazu Oftinger/Bär N. 70 ff. zu Art. 899 ZGB, von Tuhr/Escher S. 377 ff.
23) Art. 773 Abs. 1 ZGB; von Tuhr/Escher S. 373 ff.
24) Amonn S. 192; Fritzsche/Walder (S. 377 Rz. 39) sprechen von "Gläubigerschaft". Untechnisch fällt zuweilen auch der Ausdruck "Eigentum" an Forderungen; vgl. Leuch S. 13 N. 2. Zum Stand der Lehre über absolute Rechte an Forderungen vgl. Zobl, syst. Teil N. 153a f. mit Hinweisen auf die deutsche Literatur
25) Art. 168 OR und dazu von Tuhr/Escher S. 362 ff.
26) vgl. dazu Sträuli/Messmer N. 1 und 2 zu § 43 ZPO; als Beispiel einer so begründeten Hauptintervention vgl. den Sachverhalt von BGE 54 III 294 ff.; vgl. auch BGE 105 II 279 für den Parallellfall im Konkurs.
27) von Tuhr/Escher S. 341; vgl. auch Oftinger/Bär N. 92 zu Art. 899 ZGB; Stark N. 15 zu Art. 933 ZGB mit Verweisen

sich ein Dritter die Gläubigerstellung anmassst; er kann jedoch nicht verhindern, dass der Schuldner den gleichen Leistungsgegenstand einem andern verspricht oder veräussert.

Mit der ihm eigenen kernigen Sprache ist Leuch gegen eine "solche Versachlichung des Forderungsrechts" eingetreten, welche letztlich allein dazu diene, "die Zulässigkeit der Widerspruchsklage um Forderungen mit dem Wortlaut des § 771" der deutschen Zivilprozessordnung "zu vereinbaren" (28). Die Ansicht Leuchs dürfte aber ihrerseits massgeblich vom Bestreben geprägt sein, die Ausdehnung des Widerspruchsverfahrens nach Schweizer Recht wenn irgend möglich als unzulässig herauszustellen. Die Frage, ob dem Gläubiger eine absolute Rechtsmacht eingeräumt ist, stellt sich indessen unabhängig von der Zulässigkeit eines Widerspruchsverfahrens um Forderungen. Sie ist m.E. eindeutig zu bejahen. Nicht nur lässt sich so die Uebertragbarkeit der Forderung dogmatisch erklären, sondern vor allem auch die Rechtsnatur des Prätendentenstreits, welcher in Vielem einem Vindikationsprozess weit ähnlicher sieht als einem Forderungsprozess. Verstanden als absolutes Recht an einem obligatorischen Anspruch, ist das "Gläubigerrecht" eine zum Verständnis des geltenden Rechts hilfreiche und notwendige Rechtsfigur.

e) Obligatorische Rechte beschränken, wie gesagt, die Verfügungsmacht des Schuldners nicht. Sie stehen demnach auch einer Zwangsverwertung des Leistungsgegenstandes nicht

28) Leuch S. 4 f.. Gegen die Annahme von absoluten Rechten an Forderungen spricht sich auch Piotet, S. 539 f., aus. Die Beständigkeit derartiger Rechte in der Zwangsvollstreckung leitet er aus dem Grundsatz her, dass dem Betreibungsgläubiger niemals mehr Rechte zustehen können als dem Betriebenen selbst (S. 540). Abgesehen davon, dass diese Aussage ungenau ist -- der Erwerber, nicht der Gläubiger tritt in die Rechtsstellung des Betriebenen ein --, äussert sich m.E. genau in dieser Resistenz gegen Eingriffe Dritter die absolute Natur dieser Rechte.

entgegen. Die Verwertung beeinträchtigt die Rechtsposition des Gläubigers grundsätzlich nicht. Der Schuldner bleibt nach wie vor verpflichtet. Kann er zufolge der Zwangsvollstreckung nicht mehr leisten, wird sich die ursprüngliche Verpflichtung regelmässig in eine zumindest rechtlich gleichwertige Schadenersatzpflicht wandeln (29). Dass dies praktisch zu einer Benachteiligung obligatorisch Berechtigter führen kann, ist nicht zu übersehen. Es handelt sich dabei aber um ein das Wesen der Spezialexécution geradezu charakterisierendes Problem. Diese vermag die Gleichbehandlung der Gläubiger nicht zu garantieren (30). In aller Regel fährt jener am besten, der am schnellsten handelt (31). Eine gewisse Milderung kann die Möglichkeit der Anschlusspfändung bringen (32). Sinnvollerweise hat das Betreibungsamt sodann Vermögensobjekte, an denen Dritten obligatorische Ansprüche zustehen, in analoger Anwendung von Art. 95 Abs. 3 SchKG erst dann zu pfänden, wenn sich im Vermögen des Schuldners keine anderen Objekte mehr vorfinden.

3. Gutgläubiger Rechtserwerb vom Nichtberechtigten

Wenn das Betreibungsamt einen Gegenstand versteigert, der dem Schuldner nicht gehört, erwirbt ihn der Ersteigerer grundsätzlich nicht. Der Steigerungsakt kann ihm keine Rechte verschaffen, die dem Schuldner nicht zugestanden haben. Dieser Grundsatz erfährt nur dann eine Ausnahme, wenn das materielle Recht einen gutgläubigen Rechtserwerb vom Nichtberechtigten vorsieht. Diesfalls kann der gute Glaube des

29) vgl. Lenhard S. 17

30) vgl. Pedrazzini S. 28 N. 1; Lenhard S. 17

31) Dieser Nachteil der Spezialexécution bildete einen der umstrittensten Punkte im Rahmen der Vorarbeiten zum SchKG; vgl. Fritzsche/Walder S. 12 ff., insb. Rz. 2.

32) Der Gläubiger einer Sachleistung, der erfährt, dass der ihm geschuldete Gegenstand gepfändet wurde, kann versuchen, sich für seine Schadenersatzforderung der Pfändung anzuschliessen. Oft wird es ihm jedoch nicht möglich sein, die 30-tägige Frist von Art. 110 Abs. 1 SchKG einzuhalten.

Ersteigerers die fehlende Verfügungsmacht des Betriebenen ersetzen (33).

a) Den umfassendsten Gutglaubensschutz kennt das Sachenrecht. Wer in gutem Glauben dingliche Rechte an anvertrauten und unter gewissen Voraussetzungen auch an abhanden gekommenen beweglichen Sachen erwirbt, ist in seinem Erwerb ebenso geschützt (34) wie jener, der sich auf einen falschen Grundbucheintrag verlassen hat (35).

b) Bei Forderungen gibt es keinen Schutz des gutgläubigen Zessionars (36), es sei denn, sie seien in einem Ordre- oder Inhaberpapier verbrieft (37).

-
- 33) von Tuhr/Peter S. 217; Leuch S. 2; vgl. auch Jaeger N. 1 zu Art. 108 SchKG, Amonn S. 190 N. 5 und Lenhard S. 5
- 34) Art. 714 Abs. 2 in Verbindung mit Art. 933 bis Art. 935 ZGB; vgl. Stark N. 8 zu Art. 933 ZGB
- 35) Art. 973 ZGB; Stark N. 9 zu Art. 933 ZGB. Für den Fall, dass Grundbucheintrag und Lastenverzeichnis voneinander abweichen, kann sich der gutgläubige Ersteigerer nach herrschender Lehre und Rechtsprechung auf den Inhalt des Lastenverzeichnisses verlassen. Ihm gegenüber gilt eine nicht aufgenommene Last als untergegangen (BGE 106 II 183 ff. E. 3.a) mit Hinweisen). Dass sich aber -- wie das Bundesgericht im angeführten Entscheid andeutet -- unter gewissen Voraussetzungen selbst ein bösgläubiger Ersteigerer auf den unrichtigen Inhalt des Lastenverzeichnisses berufen könne (BGE a.a.O., E. 3.g)), ist m.E. strikte abzulehnen. Ein derartiger Eingriff in ein Grundprinzip des materiellen Zivilrechts lässt sich unter keinem vollstreckungsrechtlichen Aspekt rechtfertigen.
- 36) von Tuhr/Escher S. 332; Stark N. 19 zu Art. 933 ZGB; Leuch S. 3; Walder, Lohnabtretung, S. 33; unrichtig Jaeger, VVG, N. 17 zu Art. 79/80 VVG. Die von Art. 18 Abs. 2 und Art. 164 Abs. 2 OR statuierten Ausnahmen können im vorliegenden Zusammenhang vernachlässigt werden. BGE 54 III 204 ff., welcher einen gutgläubigen Forderungserwerb im Falle der Zwangsverwertung befürwortet, ist nicht präjudiziell; vgl. Lenhard S. 24 und Leuch S. 5 ff. ("Aber das Urteil hält der Kritik nicht stand und wird einmalig bleiben.").
- 37) Stark N. 15/6 zu Art. 933 ZGB

c) Das Immaterialgüterrecht schliesslich kennt einen beschränkten Gutglaubensschutz für in öffentlichen Registern eingetragene Rechte. Der Erwerber, der auf den Registerinhalt vertraut, braucht sich früher erfolgte, aber noch nicht eingetragene Veräusserungen oder Belastungen nicht entgegenhalten zu lassen. Eigentliche positive Rechtskraft kommt den betreffenden Registern aber nicht zu (38). Bei der Uebertragung der nicht registrierbaren Urheberrechte spielt kein Gutglaubensschutz.

4. Lösung

Absolute Rechte Dritter, die die Verfügungsmacht des Betriebenen beschränken, stehen einer Verwertung ganz oder teilweise entgegen. Eine in Missachtung dieses Verbotes vorgenommene Verwertung hat jedoch -- wie gezeigt -- nur dann einen Rechtsverlust des Dritten zur Folge, wenn das materielle Recht einen gutgläubigen Rechtserwerb vom Nichtberechtigten vorsieht. Nur in diesen Fällen bedarf es folglich notwendigerweise eines Verfahrens, in welchem der Dritte im Rahmen der Betreibung sein Recht geltend machen kann; eben eines Widerspruchsverfahrens. In allen übrigen Fällen kann die Zwangsvollstreckung dem Dritten grundsätzlich nichts anhaben. Wenn die Rechtsprechung die Anwendung des Widerspruchsverfahrens dennoch über den Wortlaut von Art. 106 Abs. 1 SchKG hinaus auf alle Rechte, die der Verwertung vorgehen oder sie beschränken, ausgedehnt hat (39), so waren

-
- 38) Troller I S. 461 ff., insb. S. 465 (Patente), S. 468 (Muster und Modelle), S. 469 (Marken); vgl. auch BGE 60 III 117
- 39) Amonn S. 191; Fritzsche/Walder S. 386 ff. mit zahlreichen Verweisen; Lenhard S. 12 ff.; Bürgi S. 3; Böschenstein S. 2 ff.; Stocker I S. 1 f. und S. 5 ff.; Jaeger/Daeniker N. 5 zu Art. 106 SchKG; Mustersammlung S. 255 Ziff. 1.1.; BGE 99 III 11; 97 III 60 ff. E. 1; 88 III 109 ff. E. 1; 59 III 121 ff. E. 2; ZR 79 (1980) Nr. 67 S. 133

dafür vorwiegend praktische Gründe ausschlaggebend. Eine Verwertung vor Abklärung der Drittansprache würde in aller Regel "nur ein völlig ungenügendes Ergebnis" erbringen (40). Diese Abklärung aber kann zweckmässig nur im Widerspruchsverfahren erfolgen. Eine ordentliche Klage eignet sich hiezu nicht, da der damit betraute Richter keine Einstellung der Betreibung verfügen kann (41).

Man mag nun einwenden, der Dritte, zu dessen Schutz das Widerspruchsverfahren ja in erster Linie dient, sei an einem möglichst guten Erlös gar nicht interessiert (42). Dies trifft im Grundsatz sicher zu. Indessen darf man nicht übersehen, dass der Dritte aus anderen Gründen allen Anlass hat, seine Ansprache möglichst früh, insbesondere vor der Verwertung zur Abklärung zu bringen. Zunächst schränkt ihn die Pfändung in seiner Rechtsausübung ein. Er muss das Pfändungsobjekt dem Betreibungsamt zur Verfügung halten (43). Missachtet er die ihm durch die Beschlagnahme auferlegten Pflichten, können ihn ferner zivil- und strafrechtliche Folgen treffen (44). Schliesslich wird eine Verwertung vor Abklärung der Drittansprache, wenn nicht die rechtliche, so doch oft die tatsächliche Lage des Dritten erheblich erschweren. Er muss sich mit dem Ersteigerer auseinandersetzen, der alles daran setzen wird, seinen immerhin durch einen Hoheitsakt erworbenen "Anspruch" zu verteidigen.

Bei dieser Interessenlage ist die Ausdehnung des Widerspruchsverfahrens im dargelegten Sinne sicherlich gerechtfertigt. Das Widerspruchsverfahren ist in diesen Fällen zur Rechtswahrung zwar nicht notwendig, wohl aber zweckmässig.

-
- 40) Fritzsche/Walder S. 377 Rz. 39; vgl. auch Lenhard S. 7
41) BGE 70 III 37; grundlegend BGE 29 I 558 ff.; Amonn S. 191 N. 13; Böschenstein S. 2
42) so Lenhard S. 25 und wohl auch Leuch S. 3 ff.
43) Art. 98 Abs. 2 SchKG, dazu Gick S. 116 f.
44) Jaeger N. 8 zu Art. 98 SchKG; vgl. auch Fritzsche/Walder S. 358

§ 6 Rechte, die eine Zwangsvollstreckung ausschliessen

1. Eigentum

a) Dritteigentum an beweglichen und unbeweglichen Sachen steht einer Verwertung entgegen. Will der Gläubiger eine Dritthaftung geltend machen, hat er die dafür vorgesehenen Verfahren, nicht das Widerspruchsverfahren einzuleiten (45).

b) Die Frage, wem das Eigentum zusteht, ist nach Massgabe der einschlägigen Regeln des Zivilrechts zu beantworten (46). Woraus der Dritte sein Eigentum herleitet, ist unerheblich. Das Widerspruchsverfahren ist in jedem Fall durchzuführen. In Betracht fallen sämtliche Erwerbsarten, die das Zivilrecht vorsieht, insbesondere also auch der gutgläubige Erwerb vom Nichtberechtigten sowie die Ersitzung (47). Im Widerspruchsprozess hat der Dritte ungeachtet der Parteirollenverteilung diejenigen Tatsachen zu beweisen, aus welchen sich sein Eigentum ergibt. Er kann sich nicht darauf verlegen, lediglich die Nichtberechtigung des Betriebenen nachzuweisen (48). Der Gegenpartei, d.h. in der Regel dem Gläubiger, steht es frei, die Berechtigung des Schuldners im Sinne eines Gegenbeweises darzutun. Beide Parteien können sich gegebenenfalls auf die gesetzlichen Eigentumsvermutungen stüt-

45) vgl. oben § 2.4.

46) vgl. dazu den illustrativen Sachverhalt in BGE 78 III 98 ff.

47) vgl. Meier-Hayoz N. 62 zu Art. 641 ZGB; Tuor/Schnyder S. 569 ff. und S. 616 ff.; vgl. auch Lenhard S. 21 lit. k), Stocker I S. 12 lit. e) sowie die bei Brügger N. 7 zu Art. 109 SchKG zitierten Entscheide.

48) So mit überzeugender Begründung Lenhard S. 64 f.; gl.M. Wagner S. 93; Amonn S. 203 N. 55; vgl. auch den Entscheid des Luzerner Obergerichts vom 3. November 1977 bei Brügger N. 28 zu Art. 107 SchKG.

zen (49). Da nach heutiger Auffassung die Eigentumsübertragung als kausale Zuwendung gilt, kann sich im Widerspruchsprozess auch die Frage nach der Gültigkeit des obligatorischen Grundgeschäftes stellen; dann nämlich, wenn der Dritte behauptet, die Sache vom Schuldner erworben zu haben oder umgekehrt (50).

Als wichtige Konsequenz der zivilrechtlichen Betrachtungsweise ergibt sich, dass der fiduziarische Eigentümer auch in der Schuldbetreibung als Vollberechtigter anzuerkennen ist (51). Dies äussert sich einerseits darin, dass in der gegen den Treuhänder geführten Betreibung fiduziarisches Eigentum uneingeschränkt miteinbezogen werden darf. Die betroffenen Gegenstände sind pfänd- und verwertbar. Der Treugeber kann sich dem nicht widersetzen. Sein obligatorischer Herausgabeanspruch ist schwächer als die Rechte der betreibenden Gläubiger. Wer zu einem fiduziarischen Rechtsgeschäft Hand bietet, hat auch das damit verbundene Risiko zu tragen (52). Andererseits können die Gläubiger in der Betreibung ge-

-
- 49) Art. 930 und Art. 196 ZGB; dazu ausführlich Wagner S. 103 ff.; Stocker II S. 9. Treffen die beiden Vermutungen zusammen, geht Art. 196 ZGB vor, und zwar entgegen der Ansicht Wagners (S. 110 f.) und Amonns (S. 203) auch in der gegen die Ehefrau gerichteten Betreibung; so Lemp N. 11 zu Art. 196 ZGB mit zahlreichen Verweisen; Schlatter S. 221 ff.. Vgl. zur Praxis Pr. 72 (1983) Nr. 119 E. 2; BGE 84 III 156.
- 50) von Tuhr/Peter S. 335 mit zahlreichen Verweisen; vgl. den Anwendungsfall in BGE 108 II 85 ff., welcher die Frage, inwieweit eine Schenkung des Ehemanns an die Ehefrau gültig sei, betrifft.
- 51) Meier-Hayoz, Vorbemerkungen zu den Art. 646 - 654 ZGB, N. 22; von Tuhr/Peter S. 204 ff. insb. bei N. 26a; Walder, Arrestbewilligung, S. 15 Rz. 15; BGE 107 III 103 ff. E. 1; 105 III 112 E. 3; 92 II 79 ff. E. 8.a); ZR 69 (1970) Nr. 22 E. 2; vgl. auch oben § 2 2.1.2. bei N. 106.
- 52) Lenhard S. 18; Zobl, syst. Teil N. 1466 und 1472 mit zahlreichen Verweisen; die abweichende Meinung Jaegers (N. 5 zu Art. 106 SchKG S. 333) dürfte heute überholt sein. Zur Frage, ob sich der Fiduziant allenfalls auf das Aussonderungsrecht gemäss Art. 401 Abs. 3 OR berufen kann, vgl. unten 6. d) nach N. 221.

gen den Fiduzianten nur dessen obligatorischen Herausgabeanspruch, nicht auch die Sache selbst pfänden lassen. Der fiduziarische Eigentümer kann sein Recht nötigenfalls im Widerspruchsverfahren durchsetzen, sofern die Pfändung nicht ohnehin zufolge offensichtlichen Dritteigentums nichtig ist. Ihm selbst allerdings bleibt es auch verwehrt, die Pfändung der Sache zu verlangen (53).

c) Weiter ist in der Zwangsvollstreckung wie im Zivilrecht die rechtliche Verschiedenheit juristischer Personen von den sie beherrschenden Gesellschaftern zu respektieren. Gesellschafts- und Privatvermögen sind scharf zu trennen. So darf das Betreibungsamt beispielsweise in der Betreibung gegen einen Aktionär kein Eigentum der Aktiengesellschaft pfänden; wie es im Konkurs der AG umgekehrt auch ausgeschlossen ist, Eigentum der Aktionäre zu erfassen. Eine wirtschaftliche Betrachtungsweise, wie sie namentlich im Steuerrecht oft vorkommt (54), darf grundsätzlich nicht Platz greifen (55). Dass sich jemand durch Gründung einer Gesellschaft unter Umständen vorteilhafte Haftungsverhältnisse schaffen kann, ist eine vom Gesetzgeber erkannte und gewollte Möglichkeit, welche nicht nur unter dem Gesichtspunkt der wirtschaftlichen Entfaltung der Individuen, sondern auch aus volkswirtschaftlichen Gründen durchaus zweckmässig ist. Die Interessen der Gläubiger sind durch verschiedene Vorkehren des Gesellschaftsrechts wie z.B. Vorschriften über Mindestkapital, Reservenbildung, Gründerhaf-

53) BGE 107 III 103 ff. E. 1. Hingegen könnte er den gegen ihn selbst gerichteten Herausgabeanspruch pfänden und verwerten lassen.

54) dazu Imboden/Rhinow, zit. § 1 N. 4, Bd. 1 Nr. 26 S. 160 ff.; als Beispiel einer Gesetzesbestimmung sei auf § 161 Abs. 2 lit. a) des Zürcher Steuergesetzes vom 8. Juli 1951 (GS 631.1) hingewiesen.

55) Forstmoser Peter / Meier-Hayoz Arthur, Einführung in das schweizerische Aktienrecht, Bern 1976, S. 309 f. N. 26; Homburger Eric, Zum "Durchgriff" im schweizerischen Gesellschaftsrecht, in SJZ 67 (1971) S. 249 ff., S. 251; Walder, Arrestbewilligung, S. 19 Rz. 34 und S. 22 f. Rz. 42 mit Verweisen

tung und dergleichen zumeist hinreichend gewahrt (56). Auch gilt es zu beachten, dass der Wahl einer günstigen Rechtsform keineswegs von vornherein etwas Anrühiges anhaften muss. Die Individuen dürfen den ihnen vom Gesetz eingeräumten Spielraum zum eigenen Nutzen in Anspruch nehmen. Es ginge nicht an, auf dem Wege einer "wirtschaftlichen" Betrachtungsweise unbesehen gesetzlich vorgesehene Möglichkeiten zu relativieren.

Nur dann, wenn die Berufung auf die Trennung von Gesellschaft und Gesellschafter als Verstoss gegen Treu und Glauben zu werten ist, hat die rechtliche einer wirtschaftlichen Betrachtungsweise zu weichen (57). In der Annahme derartiger "Durchgriffssituationen" zeigt sich die Rechtsprechung namentlich aus Gründen der Rechtssicherheit äusserst zurückhaltend (58). Nur dann, wenn die Gesellschaftsform ausschliesslich oder doch wenigstens ganz überwiegend zum Zwecke gewählt wurde, Drittinteressen zu schädigen, rechtfertigt sich danach, die Selbständigkeit der Gesellschaft zu ignorieren und auf die tatsächlichen, wirtschaftlichen Gegebenheiten durchzugreifen. Die Frage des "Durchgriffs" stellt sich insbesondere in Zusammenhang mit Einmannaktiengesellschaften, bei denen der rechtlichen Verschiedenheit meist eine vollkommene wirtschaftliche Identität von Gesellschaft und Gesellschafter gegenübersteht (59). Es bleibt aber zu betonen, dass die blossе Existenz einer Einmann-AG noch keinen Verstoss gegen Treu und Glauben bedeutet. Soll ein "Durchgriff" statthaft sein, müssen auch in diesem Fall weitere Umstände hinzutreten (60).

Als Beispiel aus der neueren Rechtsprechung sei folgen-

56) Homburger, zit. N. 55, S. 252 Ziff. 5

57) Homburger, zit. N. 55, S. 253; Forstmoser/Meier-Hayoz, zit. N. 55, S. 310 N. 27

58) vgl. z.B. BGE 92 II 160 ff. E. 3 und 85 II 111 ff. E. 3

59) vgl. dazu Forstmoser/Meier-Hayoz, zit. N. 55, S. 307 ff.

60) BGE 85 II 114; die Einmann-AG kann durchaus im Dienste legitimer Interessen stehen; vgl. dazu Forstmoser/Meier-Hayoz, zit. N. 55, S. 308 f.

der Fall erwähnt: In einer gegen den Alleinaktionär geführten Betreuung pfändete das Betreibungsamt eine auf den Namen der AG eingetragene Liegenschaft. Der Aktionär weigerte sich beharrlich bekanntzugeben, wo sich die Aktien befanden. Das Bundesgericht würdigte dieses Verhalten in Zusammenhang mit der vollständigen Identität von AG und Aktionär als rechtsmissbräuchlich und schützte die vom betreibenden Gläubiger gegen die AG nach Art. 109 SchKG angehobene Widerspruchsklage (61). Der Entscheid zeigt auch anschaulich, dass sich in der Schuldbetreuung ein "Durchgriff" in aller Regel erübrigt, solange der Gläubiger indirekt, über eine Verwertung der Aktien auf das Gesellschaftsvermögen zu greifen in der Lage ist.

Es ist hier kein Raum, näher auf die "Durchgriffsproblematik" einzugehen. In Zusammenhang mit dem Widerspruchsverfahren bleibt lediglich anzufügen, dass der Entscheid, ob ein "Durchgriff" statthaft sei oder nicht, dem Richter vorbehalten bleiben muss. Behauptet ein Gläubiger, eine formal Gesellschaftsvermögen darstellende Sache stehe in Tat und Wahrheit dem Gesellschafter zu, hat das Betreibungsamt dem Pfändungsbegehren stattzugeben. Es darf die Pfändung nicht etwa mit der Begründung, es liege offensichtliches Dritteigentum vor, verweigern. Die Frage eines allfälligen "Durchgriffs" ist vom Richter im Widerspruchsprozess zu entscheiden (62).

d) Eigentumsansprachen kommen häufig vor. Im Hinblick auf den Anwendungsbereich des Widerspruchsverfahrens erweisen sie sich als unproblematisch. Die gesetzliche Regelung

61) BGE 102 III 165 ff. = Pr. 66 (1977) Nr. 17 S. 45 ff.

62) Pr. 66 (1977) Nr. 17 S. 45 ff. E. I.2.; Walder, Arrestbewilligung, S. 14 Rz. 21 mit Verweisen. Im Arrestverfahren hat der Gläubiger glaubhaft zu machen, dass der zu arrestierende Gegenstand dem Schuldner gehöre, mitunter also auch, dass eine "Durchgriffssituation" vorliege; Walder a.a.O., S. 22 Rz. 41 und 27 Rz. 56.

ist auf sie zugeschnitten. Dies mag erklären, weshalb es die meisten Autoren bei der Erwähnung des Falles bewenden lassen (63).

Als Beispiel einer Widerspruchsklage um Eigentum sei auf den in Pr. 72 (1983) Nr. 119 publizierten Bundesgerichtsentscheid hingewiesen: In einer gegen den Ehemann gerichteten Betreuung pfändete das Betreibungsamt unter anderem ein verschiedene Wertpapiere enthaltendes Bankdepot sowie ein Sparheft der Ehefrau. Die Ehefrau sprach die auf ihren Namen lautenden Werte zu Eigentum an. Das Bundesgericht nahm im einzelnen dazu Stellung, inwieweit die Ehefrau ihr Eigentum genügend nachgewiesen habe. Der Entscheid enthält interessante Ausführungen zu den Eigentumsvermutungen und namentlich zum Verhältnis von Güter- und Sachenrecht; erstaunlich allerdings, wie unbekümmert sich das oberste Gericht, an sich nur zur Rechts- und nicht zur Tatsachenüberprüfung befugt, mit der Beweiswürdigung der Vorinstanz auseinandersetzt.

2. Gläubigerrecht an Forderungen

2.1. Gewöhnliche Forderungen

a) Nach feststehender Lehre (64) und Rechtsprechung (65) ist die Frage, wer Gläubiger einer nicht in einem Wertpapier verbrieften gepfändeten Forderung sei, im Wider-

-
- 63) Fritzsche/Walder S. 365 Rz. 9; Blumenstein S. 383; Amonn S. 191 N. 10; Favre S. 203; Jaeger N. 5 zu Art. 106 SchKG S. 332; Bürgi S. 3; Ramer S. 61; Böschstein S. 2; Stocker I S. 1; Mustersammlung S. 255; etwas ausführlicher Lenhard S. 13 und Meier-Hayoz N. 141 zu Art. 641 ZGB
- 64) Fritzsche/Walder S. 377 Rz. 39; Amonn S. 191 N. 12; Favre S. 200; Jaeger N. 3 zu Art. 106 SchKG; Stocker I S. 8 f.; Bürgi S. 5; Böschstein S. 2; Lenhard S. 24 ff.
- 65) BGE 97 III 60 ff. E. 1; 88 III 109 ff. E. 1; 79 III 162 ff.; 75 III 6 ff. E. 2; ZR 79 (1980) Nr. 67 S. 133 ff. E. 1; Berner Aufsichtsbehörde in BlSchK 47 (1983) Nr. 80

spruchsverfahren abzuklären. Einzig Lohnforderungen sollen von dieser Regelung ausgenommen sein (66). Der Streit um Wertpapiere wickelt sich weitgehend nach sachenrechtlichen Kriterien ab (67).

b) Ursprünglich hatte die Praxis eine Ausdehnung des Widerspruchsverfahrens auf Forderungen abgelehnt, da ein Gewahrsam an unkörperlichen "Sachen" nicht denkbar sei (68). Diese Auffassung gab das Bundesgericht in BGE 29 I 558 ff. (Fall Caron) auf, im wesentlichen mit der Begründung, eine Verwertung der Forderung vor Abklärung der Gläubigereigenschaft könne nur ein völlig ungenügendes Ergebnis zeitigen; diese Frage lasse sich zweckmässig nur im Widerspruchsverfahren klären; eine Klage vor dem ordentlichen Richter eigne sich dazu nicht; dieser könne keine Einstellung der laufenden Betreibung verfügen, weshalb sich der betreibende Gläubiger mitunter gezwungen sähe, die Verwertung der gepfändeten Forderung vor Erledigung des Prozesses zu verlangen, allein um die Frist von Art. 116 Abs. 1 SchKG wahren zu können. An dieser Rechtsprechung hat das Bundesgericht seither, vom Sonderfall der Lohnforderungen abgesehen, festgehalten (69).

S. 73 ff.; Solothurner Aufsichtsbehörde in BlSchK 47 (1983) Nr. 124 S. 222 ff. E. II.2.

66) vgl. unten 2.2.

67) Leuch S. 3 N. 1; Lenhard S. 23. Uneingeschränkt gilt dies bei Inhaberpapieren. Bei Ordrepapieren tritt das zusätzliche Erfordernis einer lückenlosen Indossamentenreihe hinzu. Das Widerspruchsverfahren um Namenpapiere nähert sich dagegen jenem um nicht verurkundete Forderungen; vgl. BGE 75 III 6 ff. E. 2, wonach Interims-scheine als "gewöhnliche" Forderungen zu behandeln sind.

68) Vgl. Lenhard S. 22; Fritzsche/Walder S. 376 f. Rz. 38; Favre S. 199

69) Die missverständliche Formulierung von BGE 86 III 57 ff. E. 3, welche den Anschein erweckt, das von der Praxis für Lohnforderungen vorgesehene Verfahren sei auch bei anderen Forderungen einzuschlagen, ist nicht präjudiziell, wie das Bundesgericht in BGE 88 III 109 ff. E. 1 selbst klargestellt hat. Vgl. auch Stocker I S. 10 N. 13.

Die gegenteilige Ansicht, nach der Praxisänderung namentlich noch von Leuch vertreten, vermochte sich nicht zu behaupten. Leuch nimmt das Argument der älteren Rechtsprechung, an Forderungen könne es keinen Gewahrsam geben, wieder auf (70), misst ihm allerdings keine allzu grosse Bedeutung bei. Er räumt ein: "In Wirklichkeit hätten andere Bedenken näher gelegen" (71). Dem Bundesgericht ist es denn auch gelungen mit dem Kriterium der "grösseren Wahrscheinlichkeit der materiellen Berechtigung" einen tauglichen Ersatztatbestand zu schaffen (72). Zur Hauptsache leitet Leuch seine ablehnende Haltung aus dem Wesen der Forderung selbst her: Ein gutgläubiger Forderungserwerb vom Nichtberechtigten sei auch auf dem Wege der Zwangsverwertung nicht möglich; das Widerspruchsverfahren könne deshalb von vornherein nicht zum gewünschten Ergebnis führen, weil es dem Erwerber "zwar den prächtigsten Titel für seinen guten Glauben, aber nichts weiteres" verschaffen könne (73). Das Widerspruchsverfahren um Forderungen -- insofern ist Leuch beizupflichten -- ist in der Tat kein Gebot juristischer Notwendigkeit. Das besagt aber noch lange nicht, dass es demzufolge auch überflüssig sei. Auch Gründe der Zweckmässigkeit können seine Zulässigkeit rechtfertigen. Wenn man dies erst einmal anerkennt, hat man der Leuch'schen Argumentation -- so richtig seine Ausführungen über das Wesen der Forderung auch sein mögen -- die Angriffsfläche weitgehend entzogen. Wie gezeigt, haben derartige, an den Bedürfnissen der Praxis orientierte Ueberlegungen das Bundesgericht veranlasst, den Anwendungsbereich

70) Leuch S. 1 f.: "Das ist natürlich richtig -- und bleibt es, so viel Scharfsinn man seither auch aufgeboten hat, um diese Pflanze künstlich zu züchten."

71) Leuch S. 2

72) Fritzsche/Walder S. 377 f. Rz. 40 mit zahlreichen Verweisen

73) Leuch S. 2 ff., insb. S. 4; kritisch auch Kleiner Beat, Verarrestierung und Pfändung von Guthaben des Schuldners, die auf den Namen von Drittpersonen lauten, in BLSchK 30 (1966) S. 129 ff., S. 130

des Widerspruchsverfahrens auf Forderungen auszudehnen (74); mit guten Gründen, wie die zahlreichen beurteilten Fälle belegen. Dass diese Rechtsprechung juristisch schlechthin unhaltbar sei, lässt sich im Ernst nicht behaupten. Eine Weiterentwicklung zu enger Rechtsnormen durch den Richter ist auch im Schuldbetreibungsrecht zulässig und erwünscht, gleichgültig ob man darin einen Akt der Auslegung oder der Lückenfüllung erblicken will.

c) Das Widerspruchsverfahren kann nur die Frage betreffen, wer Gläubiger der gepfändeten Forderung sei (75). Einen Entscheid über Bestand und Höhe der Forderung kann es nicht herbeiführen (76). Der Drittschuldner, der seine Schuldpflicht ganz oder teilweise bestreitet, erhebt keine Drittansprache. Er macht nicht geltend, die Forderung stehe ihm und nicht dem Betriebenen zu. Sein Einwand bezieht sich nicht auf die Zugehörigkeit der Forderung zum Haftungssubstrat (77) und kann folglich auch den Fortgang der Betreibung nicht hindern. Das Betreibungsamt kann die fragliche Forderung dessenungeachtet, wenn auch als bestrittene, bewerten. Sache des Erwerbers oder des nach Art. 131 SchKG angewiesenen Betreibungsgläubigers bleibt es, sich mit dem Drittschuldner auseinanderzusetzen (78).

Dass der Bestand einer Forderung ausserhalb des Widerspruchsverfahrens zu prüfen ist, ist namentlich in Zusammenhang mit "Verrechnungsansprachen" seitens des Drittschuld-

-
- 74) Fritzsche/Walder S. 377 Rz. 39 mit Verweisen; vgl. oben § 5 4.
75) Fritzsche I S. 242 und 245; zur absoluten Natur des Gläubigerrechts oben § 5 2.d)
76) Lenhard S. 25 f.; Jaeger N. 5 zu Art. 99 und N. 4 zu Art. 109 SchKG
77) vgl. oben § 3
78) BGE 109 III 11 ff. E. 2; 85 II 359 ff. E. 1; zum Vorgehen bei der Verwertung bestrittener Forderungen vgl. Fritzsche/Walder S. 427 ff. und Amonn S. 229 ff.; vgl. auch BGE 109 III 102 ff. E. 2

ners von Bedeutung. Wer die Verrechnung erklärt, behauptet kein eigenes Recht an der Forderung, sondern bringt dadurch zum Ausdruck, dass er die Forderung im Umfang der Gegenforderung als getilgt ansehe. Er bestreitet mithin nichts anderes als den Bestand der gepfändeten Forderung. Diese bleibt demnach verwertbar. Der Erwerber trägt das Risiko, möglicherweise einen "nonvaleur" erhalten zu haben (79).

d) Aus welchen Rechtsgründen der Drittansprecher seine Berechtigung an der Forderung abzuleiten sucht, ist im Hinblick auf die Durchführung des Widerspruchsverfahrens unerheblich. Die Palette möglicher Erwerbsarten ist bei Forderungen allerdings weit kleiner als bei Sachen, nicht zuletzt als Folge des fehlenden Gutgläubensschutzes (80). Der Dritte kann behaupten, die Forderung sei nicht in der Person des Betriebenen, sondern in seiner eigenen entstanden (81). Häufiger allerdings wird er den Standpunkt einnehmen, der Betreibungsschuldner habe ihm die fragliche Forderung abgetreten (82). Was das Verhältnis von Pfändung und Abtretung betrifft, gilt folgende Regelung:

- Vor der Pfändung steht es dem Betreibungsschuldner frei, ihm zustehende Forderungen abzutreten, gleich wie er auch über körperliche Sachen verfügen kann. Die abgetretene Forderung scheidet aus dem Vermögen des Betriebenen aus. Das vom Zessionar erworbene Gläubigerrecht steht einer Verwertung grundsätzlich entgegen.

-
- 79) Lenhard S. 26 N. 15 mit Verweisen; Walder, Arrestbewilligung, S. 38 f., insb. Rz. 80; Fritzsche/Walder S. 426 Rz. 22; vgl. auch Jaeger/Daeniker N. 4 zu Art. 99 SchKG und Stocker I S. 9 f. lit. a)
- 80) vgl. aber Art. 18 Abs. 2 und 164 Abs. 2 OR und dazu oben § 53. N. 36
- 81) vgl. Leuch S. 15; Beispiel eines solchen Sachverhaltes in BGE 97 III 60 ff. insb. S. 63; vgl. auch ZR 79 (1980) Nr. 67 S. 133
- 82) Bsp. aus der Rechtsprechung: BGE 88 III 125 ff.; 88 III 109 ff.; BLSchK 47 (1983) Nr. 80 S. 73 ff. E. II; vgl. auch BGE 88 III 55 ff. betreffend einen abgetretenen Erbanteil

- Sobald jedoch die Pfändung vollzogen ist, verbietet Art. 96 Abs. 2 SchKG dem Betreibungsschuldner, gepfändete Objekte zu veräussern. Dieses Verfügungsverbot wirkt sich bei Forderungen zufolge des fehlenden Gutgläubensschutzes voll aus (83). Eine nach der Pfändung erfolgte Abtretung ist mithin in der laufenden Betreibung nicht zu beachten. Was den massgebenden Zeitpunkt anbelangt, so gilt die beim Pfändungsakt vom Betreibungsbeamten abgegebene Erklärung an den Schuldner oder dessen Vertreter als Vornahme der Pfändung, nicht etwa erst die in Art. 99 SchKG vorgesehene Mitteilung an den Drittschuldner (84).

Eine andere Lösung hat die Praxis bei Lohnforderungen entwickelt. Danach sind Lohnzessionen in der Betreibung nur dann zu berücksichtigen, wenn sie dem Arbeitgeber im Sinne von Art. 167 OR angezeigt worden sind. Die Anzeige kann auch nach der Pfändung erfolgen, ihre Wirkung ist dann jedoch auf später fällig werdende Betreffnisse beschränkt. Bereits verfallene Lohnforderungen bleiben davon unberührt (85). Der Notifikation eine derart weitgehende Bedeutung beizumessen, erscheint auf den ersten Blick nicht unproblematisch. Die Notifikation ist kein Gültigkeitserfordernis der Abtretung (86). Sie dient nicht dem Schutze der Betreibungsgläubiger, sondern will einzig den Forderungsschuldner vor doppelter Zahlung bewahren. Solange ihm die Abtretung nicht angezeigt ist, soll er sich, sofern er gutgläubig ist, durch Leistung an den Zedenten gültig befreien können (87). Die genannte Praxis rechtfertigt sich indessen aufgrund der Besonderheiten der Lohnzession. Lohnzessionen erfolgen in der Regel zur Sicherung anderer Verträge. Meist Bestandteil von Formular-

83) Ausführlich dazu Walder, Lohnabtretung, S. 32 ff. mit Verweisen

84) BGE 109 III 11 ff.; Fritzsche/Walder S. 297 Rz. 42; Amonn S. 166 f. N. 42 und 49; Blumenstein S. 343

85) Walder, Lohnabtretung, S. 58 ff.

86) vgl. von Tuhr/Escher S. 330 und 359 ff., insb. S. 361 bei N. 26

87) von Tuhr/Escher S. 358 ff. mit Verweisen; BGE 107 III 83

verträgen, sind sie dem Arbeitnehmer oft gar nicht bekannt. Solange der Arbeitnehmer seinen Verpflichtungen nachkommt, hat der Zessionar keinen Anlass, die "stille Zession" (88) kundzugeben. Sein Verhalten ist als einstweiliger Verzicht, die Rechte aus der Abtretung auszuüben, zu werten. Der Verzicht fällt ihm umso leichter, als er sich damit nicht auch der Möglichkeit begibt, auf später fällig werdende Beträge zu greifen. Es wäre unter diesen Umständen höchst stossend, wenn er im Anschluss an die von dritter Seite angehobene Betreibung nunmehr plötzlich Gelegenheit haben sollte, das "Versäumte" nachzuholen. Die bundesgerichtliche Lösung ist somit geeignet, zu weitgehenden Wirkungen "stiller Zessionen" einen Riegel zu schieben.

Gegen eine Ausdehnung dieser Rechtsprechung auf der Lohnzession vergleichbare Abtretungen periodischer Forderungen ist nichts einzuwenden. Hingegen ist mit Nachdruck zu betonen, dass die Notifikation in allen übrigen Fällen ohne Einfluss auf die Verwertbarkeit einer Forderung bleiben muss. Die in Zusammenhang mit der Lohnzession angeführten Erwägungen treffen weder bei bereits verfallenen noch bei nichtperiodischen Forderungen zu. Leider lässt die Klarheit der Rechtsprechung in dieser Frage zu wünschen übrig. Immerhin ergibt sich aus dem Sachverhalt von BGE 88 III 109 ff., dass das Bundesgericht einer nach der Arrestierung erfolgten Notifikation nicht die Bedeutung beilegte, die Drittansprache sei von vornherein unbeachtlich. Das Gericht setzte sich unbekümmert darum mit den Fragen der Parteirollenverteilung und der Verwirkung des Widerspruchsrechts auseinander (89).

88) Walder, Lohnabtretung, S. 59

89) In BGE 88 III 57 hat das Bundesgericht ausgeführt, die Notifikation einer Abtretung sei unter dem Gesichtspunkt von Art. 106 ff. SchKG unerheblich. Die Ausführungen betreffen jedoch die Abtretung eines Erbanteils, für welche die Regeln von Art. 104 ff. OR nur sehr eingeschränkt gelten; vgl. BGE 87 II 218 ff.

e) Das Widerspruchsverfahren um Forderungen kompliziert sich durch das Hinzutreten eines weiteren Beteiligten: des Drittschuldners. Im Rahmen der Betreibung auf Pfändung ist für seine Rechtsstellung namentlich die Bestimmung von Art. 99 SchKG von Bedeutung. Danach ist dem Schuldner einer gepfändeten Forderung anzuzeigen, dass er rechtsgültig nur noch an das Betreibungsamt leisten könne (90). Leistet er dem Betreibungsamt, ist er befreit. Das Betreibungsamt kann den Betrag verteilen und dem Betreibungsschuldner einen allfälligen Ueberschuss erstatten (91). Erbringt er seine Leistung dagegen dem Betriebenen, setzt er sich der Gefahr doppelter Zahlungspflicht aus (92).

Diese Regelung trägt den Interessen des Drittschuldners solange Rechnung, als feststeht, dass der Betriebene tatsächlich Gläubiger der fraglichen Forderung ist. Wenn hingegen umstritten ist, wem die Forderung zustehe, entfällt für ihn trotz der Anzeige nach Art. 99 SchKG die Gewissheit, sich durch Bezahlung an das Betreibungsamt befreien zu können. Art. 99 SchKG betrifft nur sein Verhältnis zum Betriebenen, nicht auch jenes zu allfälligen Drittsprechern. Im Falle ungewisser Gläubigerschaft ergeben sich für den Drittschuldner folgende Möglichkeiten: Er kann ungeachtet der Drittsprache an das Betreibungsamt zahlen, riskiert dadurch aber, auch noch dem Drittsprecher die selbe Leistung erbringen zu müssen (93). Die entsprechende Gefahr muss er

90) Vermittelst Form. Nr. 9 oder Nr. 10; vgl. Fritzsche/Walder S. 297 Rz. 42; Amonn S. 166 f.; Blumenstein S. 343; Jaeger N. 6 zu Art. 99 SchKG

91) vgl. von Tuhr/Escher S. 9 bei N. 68

92) vgl. von Tuhr/Peter S. 222 bei N. 50 b); Jaeger N. 7 zu Art. 99 SchKG

93) vgl. BGE 86 III 57 ff., insb. S. 62. Dass sich, wie das Bundesgericht in E. 3 ausführt, diesfalls ein Widerspruchsverfahren von vornherein erübrigen soll, trifft nicht zu. Gegenstand des Widerspruchsverfahrens bleibt trotz der Zahlung die Forderung (BGE 97 III 60 ff. E. 1). Bis zur rechtskräftigen Erledigung des Widerspruchsverfahrens hat das Betreibungsamt in einem solchen Fall den einbezahlten Betrag zurückzubehalten; vgl. Leuch S. 17.

in Kauf nehmen, wenn er nur dem Drittansprecher leistet. Er kann ferner seine Bezahlung zurückbehalten. Dann aber können ihn Verzugsfolgen treffen. Will er ganz sicher gehen, bleibt ihm demzufolge nur der Ausweg, die Forderungssumme gerichtlich zu hinterlegen (94). Dieses Recht bleibt ihm trotz der Anzeige nach Art. 99 SchKG gewahrt (95).

In Zusammenhang mit der gerichtlichen Hinterlegung während einer laufenden Betreibung ergibt sich eine Fülle noch weitgehend ungelöster Fragen. Unklar ist namentlich das Verhältnis von Hinterlegung und Widerspruchsprozess (96). Grundsätzlich ist der Streit, wem die hinterlegte Summe auszubezahlen ist, ausserhalb des Widerspruchsverfahrens, im sogenannten Prätendentenstreit, auszutragen. Im Widerspruchsverfahren lassen sich in dieser Hinsicht keine Anordnungen treffen. Im Prätendentenstreit wiederum ist es ausgeschlossen, über die Zulässigkeit der Pfändung zu befinden. Dies könnte zur Annahme verleiten, Widerspruchsverfahren und Prätendentenstreit seien neben- oder allenfalls nacheinander durchzuführen. Eine derartige Doppelspurigkeit ist indessen m.E. allein schon aus Gründen der Prozessökonomie abzulehnen. Widerspruchsverfahren und Prätendentenstreit haben wohl einen verschiedenen Streitgegenstand; die Frage, wer

94) Art. 96 und 168 Abs. 1 OR; dazu eingehend Bussien René, Die gerichtliche Hinterlegung nach Zürcher Zivilprozess, Diss. Zürich 1981, S. 21 ff. und S. 143 ff.; vgl. auch von Tuhr/Escher S. 373

95) Jaeger N. 7 zu Art. 99 SchKG; BGE 88 III 109 ff., S. 113, erwähnt die Möglichkeit der gerichtlichen Hinterlegung im Arrestverfahren; vgl. auch BGE 87 III 17 für die Parallelfraße im Konkurs

96) Bussien, zit. N. 94, berührt die Frage nicht. Lenhard (S. 27) und Leuch (S. 12 ff., insb. S. 14) messen der Hinterlegung insofern Bedeutung bei, als sie -- mit unterschiedlicher Begründung allerdings -- zur Ansicht gelangen, der Schuldner, welcher hinterlegt habe, müsse das Ergebnis des Widerspruchsverfahrens gegen sich gelten lassen.

Gläubiger sei, im einen Fall Vor-, im andern Hauptfrage, ist jedoch derart zentral, dass sich die beiden Verfahren in der praktischen Durchführung kaum unterscheiden. Insbesondere stellen sich die selben Beweisprobleme. Hinzu kommt, dass der Hinterlegungsrichter nach erfolgter Pfändung kaum mehr in der Lage wäre, den Prätendentenstreit vernünftig vorzubereiten. Er kann nicht wissen, wen er als Gegner des Drittan-sprechers betrachten soll. Der Betriebene kommt nicht mehr in Frage; ihm ist die Verfügungsmacht über die gepfändete Forderung entzogen. Der Erwerber der Forderung ist im Zeitpunkt der Hinterlegung oft gar noch nicht bekannt. Damit bliebe einzig die Möglichkeit, das Betreibungsamt in exten-siver Auslegung von Art. 100 SchKG als "Prätendenten" anzu-erkennen. Das Betreibungsamt gleich der Konkursmasse mit Parteidrechten auszustatten, widerspräche jedoch grundlegen-den Prinzipien des Betreibungsrechts (97).

Es wäre somit äusserst unzweckmässig, zusätzlich zum Widerspruchsverfahren auch noch einen Prätendentenstreit durchzuführen. Gleichwohl muss dem Drittschuldner aus mate-riellrechtlichen Gründen die Möglichkeit gewahrt bleiben, die Forderungssumme zu hinterlegen. Da der Prätendenten-streit entfällt, stellt sich die Frage, in welchem Verfahren über deren Herausgabe zu entscheiden ist. Das Widerspruchs-verfahren, welches allein die Zulässigkeit der Pfändung be-trifft, fällt ausser Betracht. Somit bleibt nur die Möglich-keit, dass der Hinterlegungsrichter verfügt, der hinterlegte Betrag werde je nach Ausgang des Widerspruchsverfahrens dem Betreibungsamt zuhanden der Gläubiger oder dem Drittan-sprecher ausbezahlt. Eine Aushändigung der hinterlegten Summe ohne Klagefristansetzung (98) erscheint mir zulässig. Der Hinterlegungsrichter hat lediglich die für die Herausgabe

97) Walder, Lohnabtretung, S. 52 mit Verweisen

98) Dazu Bussien, zit. N. 94, S. 142 ff.; Sträuli/Messmer N. 5 zu § 220 ZPO

erforderlichen Verfügungen zu erlassen, was nicht ohne weiteres mit der Einleitung des Prätendentenstreites gleichzusetzen ist (99).

Unter den dargelegten Umständen fragt sich, ob man nach angehobener Betreibung nicht auch auf das Erfordernis einer gerichtlichen Hinterlegung verzichten sollte. An ihre Stelle könnte eine Mitteilung an den Drittschuldner treten, er habe den Forderungsbetrag bei Gefahr doppelter Zahlungspflicht ohne Rücksicht auf allfällige Rechte des Drittansprechers an das Betreibungsamt zu leisten. Im anschliessenden Widerspruchsverfahren wäre dann zu entscheiden, ob der Betrag in der Pfändung belassen oder dem Drittansprecher auszuhändigen wäre. Ein derartiges Vorgehen wäre m.E. bereits unter geltendem Recht zulässig. Die genannte Anzeige träfe den Drittansprecher nicht stärker als die ebenfalls zulässige Verwahrung körperlicher Sachen (100). Für den Drittschuldner hätte diese Lösung den grossen Vorteil, dass er seine Schuld durch Leistung an das Betreibungsamt begleichen könnte, ohne sich um die Auseinandersetzung der möglichen Gläubiger kümmern zu müssen. Ferner wäre er der Obliegenheit enthoben, beim Richter um Hinterlegung nachzusuchen.

f) Die praktische Bedeutung des Widerspruchsverfahrens um Forderungen ist nicht zu unterschätzen. Namentlich bei der Pfändung von Bankguthaben wird sich die Frage nach der Gläubigerschaft oft stellen.

Als Beispiel aus der Rechtsprechung des Bundesgerichtes sei BGE 97 III 60 ff. erwähnt: H. erwirkte gegen eine israelische Lederwarenfirma einen Arrest, welchen er später prosequieren konnte. Arrest- bzw. Pfändungsobjekt waren unter

99) § 220 Abs. 2 ZPO ZH; Sträuli/Messmer a.a.O.; unklar Bus-sien, zit. N. 94, S. 142; ZR 54 (1955) Nr. 27 S. 75.

100) ebenso Walder, Lohnabtretung, S. 55 (für den Fall der Lohnpfändung)

anderem angebliche Forderungen der Betriebenen aus Warenlieferungen an ein Zürcher Modehaus. Dieses bestritt zunächst jede Schuldpflicht, bezahlte dem Betreibungsamt in der Folge jedoch gleichwohl einen Betrag von rund Fr. 13'000.--. Später teilte es dem Amt mit, Gläubiger der fraglichen Forderung sei eine andere israelische Firma, welche ihrerseits nach mehr als zehn Monaten Drittsprache erhob. Das Betreibungsamt weigerte sich, den Betrag zurückzuerstatten. Die Drittsprache wies es als verspätet zurück. Das Bundesgericht hob diese Verfügung auf Beschwerde hin auf und wies das Betreibungsamt an, das Widerspruchsverfahren nach Art. 107 SchKG einzuleiten. Der Entscheid zeigt nicht nur die Zulässigkeit des Widerspruchsverfahrens um Forderungen, sondern stellt überdies auch klar, dass eine bereits erfolgte Zahlung an dessen Rechtsnatur nichts ändern kann (101).

2.2. Lohnforderungen

a) Ueber die Frage, inwieweit eine Lohnzession der Pfändung von Lohnforderungen entgegenstehe, ist nach feststehender Rechtsprechung nicht im Widerspruchsverfahren, sondern im ordentlichen Prätendentenstreit im Sinne von Art. 168 OR zu befinden (102). Das Betreibungsamt hat danach wie folgt zu verfahren: Zunächst hat es abzuklären, ob die Gläubiger die Gültigkeit der Abtretung bestreiten. Ist dies der Fall, hat es das fragliche Guthaben als bestrittenes zu pfänden und dem Arbeitgeber mitzuteilen, dass er dem Zessionar bis auf weiteres keine Zahlungen mehr leisten dürfe, sich aber durch gerichtliche Hinterlegung befreien könne. Ein allfälliger Prätendentenstreit ist auf Seiten des Arbeitnehmers je nachdem durch das Betreibungsamt selbst, ge-

-
- 101) Die Rechtslage ist jener beim Widerspruchsverfahren nach durchgeführter Verwertung vergleichbar; Art. 107 Abs. 4 SchKG; vgl. dazu Amonn S. 193 f. N. 21 und Jaeger N. 17 zu Art. 107 SchKG
- 102) BGE 65 III 120 ff. E. 3; 66 III 42 ff.; 69 III 16 ff. und 73 ff.; 86 III 57 ff. E. 3; 88 III 109 ff. E. 1; 95 III 9 ff. E. 1; ZR 81 (1982) Nr. 28 S. 76 ff. E. 4; anders noch ZR 63 (1964) Nr. 47 S. 99 ff.

stützt auf Art. 100 SchKG, durch einen oder mehrere Gläubiger aufgrund einer Anweisung nach Art. 131 SchKG oder allenfalls durch den Ersteigerer der Forderung zu führen. Erweist sich eine Verwertung als unmöglich, ist das Guthaben dem Dritten freizugeben (103).

b) Wenngleich diese Rechtsprechung in der neueren Lehre beinahe einmütige Zustimmung gefunden hat (104), lohnt es sich, sie einer kritischen Würdigung zu unterziehen:

Im Anschluss an seine im Fall Caron begründete Praxis (105) hatte das Bundesgericht vorerst auch die Bereinigung strittiger Lohnforderungen in das Widerspruchsverfahren verwiesen (106). Erst in BGE 65 III 129 ff. änderte es seine Praxis im eingangs erwähnten Sinne, mit der Begründung, ein solches Verfahren gebiete sich, "um einen Eingriff in die Rechte des Schuldners zu vermeiden und anderseits auch die konkurrierenden Rechte der Pfändungsgläubiger und der Zessionare zu wahren." BGE 66 III 42 ff. verdeutlicht: Das Bundesgericht habe das Widerspruchsverfahren bereits im Falle einer umstrittenen Verrechnung seitens des Arbeitgebers ausgeschlossen (107); weiter habe es davon abgesehen, wenn der Lohnpfändung eine teilweise Abtretung des Lohnes entgegengehalten werde (108); "dies um zu vermeiden, dass der Lohnschuldner nicht nur den gepfändeten Betrag durch Zahlung an das Betreibungsamt, sondern ausserdem den abgetretenen Teil-

103) vgl. BGE 65 III 129 ff. E. 3; Walder, Lohnabtretung, S. 47 ff.

104) Fritzsche I S. 212; Amonn S. 187 N. 67 und S. 192 N. 15; Favre S. 193 f. Ziff. 5; Stocker I S. 9f.; Bürgi S. 5; Böschenstein S. 3; Jaeger/Daeniker N. 1 zu Art. 93 SchKG S. 189; Mustersammlung S. 259; ablehnend Walder, Lohnabtretung, S. 49 ff.

105) vgl. oben 2.1.b) bei N. 68

106) BGE 34 I 392 ff. E. 3; dazu Jaeger N. 1 zu Art. 93 SchKG S. 276. Jaeger/Daeniker, a.a.O., gehen auf die abweichende Ansicht in der Voraufgabe des Kommentars nicht ein.

107) BGE a.a.O., S. 43 unter Hinweis auf BGE 51 III 61

108) Angesprochen ist der erwähnte Fall BGE 65 III 129 ff..

betrag auf Rechnung des unpfändbaren Lohnrestes durch Zahlung an den Zessionar vorenthalte, wie es natürlich geschähe, wenn ohne Rücksicht auf die behauptete Abtretung bis auf weiteres, nämlich bis zum Abschluss des Widerspruchsverfahrens, feste Pfändung vorgenommen würde" (109). Das Bundesgericht räumt ein, dass diese Gefahr bei einer Abtretung der ganzen Lohnforderung nicht bestehe, hält dem aber entgegen, dass es "das Gebot möglicher Einfachheit des Verfahrens" nicht ratsam erscheinen lasse, "für diesen wohl seltenen Ausnahmefall (...) ein besonderes Verfahren vorzubehalten" (110). Bei dieser Argumentation ist es geblieben. Die seither ergangenen Entscheide enthalten keine weiteren Motive (111).

Von den zustimmenden Autoren übernehmen Fritzsche, Favre, Amonn, Bürgi, Jaeger/Daeniker sowie die Verfasser der Mustersammlung die bundesgerichtliche Lösung, ohne sich mit deren Berechtigung auseinanderzusetzen (112). Böschenstein (113) nennt Gründe, "die mit der Wahrung des Notbedarfs zusammenhängen". Stocker schliesslich bringt als einziger ein weiteres Argument ins Spiel: "Die Rechtslage in allen Punkten durch das Widerspruchsverfahren abzuklären und inzwischen den Fortgang der Betreibung zu hemmen (...), wäre für die Gläubigerschaft untragbar, insbesondere wenn -- was oft vorkommt -- die Lohnpfändung für Alimentationsforderungen erwirkt wurde" (114).

c) Bei näherer Betrachtung zeigt sich mithin, dass die scheinbar kaum zu durchbrechende Phalanx befürwortender

109) BGE a.a.O., S. 43 f.

110) BGE a.a.O., S. 44

111) BGE 95 III 9 ff. E. 1; 88 III 109 ff. S. 116; 86 III 57 ff. E. 3

112) zit. oben N. 104

113) S. 3

114) Stocker I S. 9; der Ansicht Stockers kommt umso mehr Gewicht zu, als er als Bundesrichter auch einen umfassenden Einblick in die nicht publizierte Rechtsprechung hatte.

Autoren wie auch die ebenso unumstösslich scheinende Rechtsprechung weitgehend auf den beiden Entscheiden BGE 65 III 129 ff. und 66 III 42 ff. basieren. Deren Begründung aber hält m.E. einer Ueberprüfung nicht stand:

- Der Vergleich mit der Verrechnungseinrede seitens des Arbeitgebers stösst ins Leere. Wie bereits gezeigt (115), betrifft diese Einrede allein den Bestand und nicht etwa die Vermögenszugehörigkeit der Forderung, eine Frage also, die von vornherein nicht in den Anwendungsbereich des Widerspruchsverfahrens fallen kann.

- Wenn das Bundesgericht weiter ausführt, bei vorbehaltloser Pfändung des Lohnguthabens werde der Arbeitgeber möglicherweise sowohl dem Betreibungsamt als auch dem Zessionar leisten und dem Arbeitnehmer auf diese Weise einen Teil seines Notbedarfs entziehen, so mochte diese Befürchtung unter der Herrschaft des alten Dienstvertragsrechts eine gewisse Berechtigung aufweisen. Spätestens aber seit Inkrafttreten des neuen Arbeitsvertragsrechts ist auch diesem Argument der Boden entzogen. Art. 325 Abs. 1 OR beschränkt die Abtretbarkeit künftiger Lohnforderungen auf den pfändbaren Teil. Der Sinn dieser Bestimmung besteht eindeutig darin, dem Arbeitnehmer den Notbedarf in jedem Fall zu wahren. Wenn ein Dritter auf Lohnguthaben greifen will -- sei es als Betreibungsgläubiger, sei es als Zessionar --, bleibt sein Recht auf den das Existenzminimum übersteigenden Lohn begrenzt (116). Zahlungen des Arbeitgebers, die diesen Grundsatz verletzen, erfolgen -- an wen auch immer sie gerichtet sind -- gegenüber dem Arbeitnehmer nicht mit befrei-

115) vgl. oben 2.1.c) nach N. 78 mit Verweisen

116) Die besonderen Regeln für Unterhaltsansprüche lassen sich im vorliegenden Zusammenhang vernachlässigen; vgl. dazu Fritzsche/Walder S. 338 ff. mit zahlreichen Verweisen; Amonn S. 185

ender Wirkung (117). Dieser ist vielmehr nach wie vor berechtigt, den gesamten nicht pfändbaren Lohn einzufordern. Gegen eine allfällige auf ungerechtfertigte Bereicherung gestützte Verrechnungseinrede des Arbeitgebers ist er durch die Bestimmung von Art. 323b Abs. 2 OR geschützt (118).

- Das zusätzliche Argument Stockers, das Widerspruchsverfahren würde zu einer für die Gläubiger untragbaren Hemmung der Betreibung führen, vermag nicht zu überzeugen. Das vom Bundesgericht vorgeschlagene Auseinandersetzungsverfahren vermag in dieser Beziehung nicht nur keine Abhilfe zu schaffen, sondern erschwert im Gegenteil die Lage der Betreibungsgläubiger zusätzlich. Bis zur rechtskräftigen Erledigung des Prätendentenstreits bleibt ihnen das Lohngut haben ebenfalls vorenthalten. Der Prätendentenstreit aber wird in aller Regel länger dauern als ein Widerspruchsverfahren; dies zumindest in jenen Kantonen, welche die Widerspruchsklage dem beschleunigten Verfahren zugewiesen haben. Wohl ist es nach der Bundesgerichtspraxis an sich zulässig, die Forderung vor Abklärung der Vermögenszugehörigkeit als bestrittene zu versteigern. Ein solches Vorgehen enthält aber nicht nur ein unerwünschtes spekulatives Element, sondern wird meist auch nur zu einem ungenügenden Verwertungsergebnis führen (119). Das vom Bundesgericht vorgesehene Verfahren kann mithin höchstens zu einer kurzfristigen Besserstellung der Betreibungsgläubiger führen; dies jedoch zum viel zu hohen Preis einer möglichen Vermögensverschleuderung.

-
- 117) Walder, Lohnabtretung, S. 56; vgl. auch Brühwiler Jürg, Handkommentar zum Einzelarbeitsvertrag, Bern 1978, N. 4 zu Art. 325 OR; Streiff Ullin, Leitfaden zum neuen Arbeitsvertragsrecht, 3. Aufl., Glattbrugg/Zürich 1974, N. 1, 2 und 7 zu Art. 325 OR; Staehelin, zit. § 1 N. 44, N. 1 und 13 zu Art. 325 OR
- 118) dazu Brühwiler, zit. N. 117, N. 8 zu Art. 323b OR; Streiff, zit. N. 117, N. 6 zu Art. 323b OR; Staehelin, zit. § 1 N. 44, N. 12 ff. zu Art. 323b OR
- 119) Fritzsche/Walder S. 345 Rz. 79 und S. 427 Rz. 22; vgl. auch Amonn S. 232 N. 52

Zusammenfassend lässt sich festhalten, dass sich keine zwingenden Gründe finden, die einen Ausschluss des Widerspruchsverfahrens bei Lohnforderungen gebieten würden.

d) Nun mag man einwenden, dass die Rechtsprechung das Widerspruchsverfahren um Forderungen nur aus Zweckmässigkeitsgründen eingeführt habe, weshalb sie ohne weiteres aus ebensolchen Erwägungen bei Lohnforderungen ein anderes Verfahren vorsehen könne (120). Solche Gründe erblickt das Bundesgericht im Umstand, dass bei Lohnforderungen von vornherein mit Komplikationen zu rechnen sei, da die Pfändung des Lohnes der Anpassung an veränderte Verhältnisse unterliege (121). Das trifft sicher zu; nur bleibt unerfindlich, wie das Ersatzverfahren hier Abhilfe schaffen soll. Beim Präten-
dentenstreit ergeben sich diesbezüglich die selben Probleme.

e) Das schlagendste Argument gegen die bundesgerichtliche Lösung schliesslich bildet die Tatsache, dass das vorgeschlagene Ersatzverfahren selbst an zahlreichen Unzukömmlichkeiten leidet. Es ist das Verdienst Walders, diese Mängel mit Akribie zusammengetragen und aufgedeckt zu haben (122). Auf seine Ausführungen sei hier verwiesen. In einem ausführlich begründeten Entscheid hat sich die Solothurner Aufsichtsbehörde der Meinung Walders angeschlossen (123).

f) Nach dem Gesagten ist das Widerspruchsverfahren demnach auch im Falle von Lohnforderungen durchzuführen. Es entspricht den Interessen aller Beteiligten weit besser als das bundesgerichtliche Ersatzverfahren:

120) so BGE 66 III 44, wo ausgeführt ist, die Zweckmässigkeit leuchte aber für die Lohnpfändung kaum ein.

121) BGE 66 III 44 am Ende

122) Walder, Lohnabtretung, S. 49 ff.; jetzt auch Fritzsche/Walder S. 345 N. 118a

123) Entscheid vom 12. April 1983 in BLSchK 47 (1983) Nr. 124 S. 222 ff.

- Der Arbeitnehmer ist vor der Gefahr geschützt, dass sein Lohnguthaben vor Klärung der Vermögenszugehörigkeit unter seinem wirklichen Wert zur Versteigerung gelangt. Seine Lohnforderungen kann er bis zur Höhe des Notbedarfs ohne Rücksicht auf den Ausgang des Widerspruchsverfahrens durchsetzen. Zu weitgehende Zahlungen des Arbeitgebers braucht er nicht zu beachten.

- Für den Arbeitgeber besteht keine Gefahr doppelter Belastung. Befürwortet man mit Walder (124), dass ihm das Betreibungsamt zusätzlich zur Anzeige nach Art. 99 SchKG mitteilen könne, die Pfändung trete einstweilen anstelle der Lohnzession, erübrigt sich für ihn gar eine mit Kosten und Umtrieben verbundene gerichtliche Hinterlegung. Andernfalls kann er zwar von einer Hinterlegung nicht absehen; über die Herausgabe des hinterlegten Betrags ist jedoch nicht zusätzlich zum Widerspruchsverfahren ein Prätendentenstreit zu führen. Vielmehr ist hiefür auf den Ausgang des Widerspruchsverfahrens abzustellen (125).

- Die Betreibungsgläubiger erleiden durch die Anwendung des Widerspruchsverfahrens keine Rechtsverkürzung. Wohl entfällt für sie die Möglichkeit, die Forderung vor Abklärung der Gläubigerschaft versteigern zu lassen. Steht jedoch die Forderung tatsächlich dem Arbeitnehmer zu, kommt die vorzeitige Versteigerung einer Vermögensverschleuderung gleich, an der auch den Gläubigern wenig gelegen sein dürfte. Falls der Arbeitnehmer den Lohn gültig abgetreten hat, verdient das spekulative Interesse, ein schlechter Steigerungserlös sei besser als gar nichts, keinen Schutz.

- Die Interessen des Zessionars schliesslich lassen sich im Widerspruchsverfahren gleichermassen wahrnehmen wie

124) Walder, Lohnabtretung, S. 55; dazu oben 2.1.e) nach N. 99

125) ausführlich dazu oben 2.1.e) nach N. 95

im Prätendentenstreit. In gewisser Hinsicht bringt das Widerspruchsverfahren gar eine Besserstellung. Nach der Rechtsprechung kann nämlich das Betreibungsamt im heute geltenden Verfahren die Lohnzession gänzlich unberücksichtigt lassen, wenn sie der Arbeitgeber nicht anzuerkennen bereit ist und den Lohn dem Betreibungsamt vorbehaltlos überweist (126). Dies mag angehen, solange der Arbeitgeber zahlungsfähig ist. Wo dies aber nicht der Fall ist, muss der Zessionar sein Recht vor der Verteilung des fraglichen Lohnguthabens durchsetzen können. Hiefür kommt einzig das Widerspruchsverfahren in Frage. Die Zahlung des Arbeitgebers an das Betreibungsamt ändert nichts daran, dass der Streit nach wie vor die Vermögenszugehörigkeit der Forderung betrifft (127). Dies verkennt BGE 86 III 63, wo ausgeführt wird, der Zessionar habe "entsprechend der Rechtsnatur der Forderung" keinen Zugriff auf die bereits bezahlten Beträge.

3. Immaterialgüterrechte

a) Immaterialgüter (128) sind grundsätzlich pfändbar, soweit sie übertragbar sind. Die Frage, ob die Zwangsvollstreckung das Immaterialgut selbst, beispielsweise also die Erfindung oder das Kunstwerk, oder aber das entsprechende Recht daran erfasse, ist theoretischer Natur und zumindest für das Schweizer Recht ohne ersichtliche Konsequenzen (129). Gemäss Art. 132 Abs. 2 SchKG hat das Betreibungsamt die Aufsichtsbehörde vor der Verwertung zu ersuchen, das einzuschlagende Verfahren zu bestimmen (130).

126) BGE 86 III 57 ff. E. 3; Fritzsche/Walder S. 378 Rz. 40 unter zusätzlichem Hinweis auf SJZ 78 (1982) S. 381 Nr. 63/6 (Thurgauer Rekurskommission)

127) vgl. oben N. 93

128) zu diesem Begriff Troller I S. 49 ff. mit zahlreichen Verweisen; ders., Zwangsverwertung, S. 33; Meier-Hayoz syst. Teil N. 231

129) Troller, Zwangsverwertung, S. 37, neigt eher der ersten Auffassung zu; in seinem Standardwerk (Troller II S. 987) lässt er die Frage bewusst offen.

130) sogenannte ausserordentliche Verwertung; dazu Fritzsche/Walder S. 430 ff., insb. N. 73; Amonn S. 232 N. 53/4

Im einzelnen können folgende Immaterialgüter Gegenstand einer Pfändung bilden:

- Werke der Literatur und Kunst nach ihrer öffentlichen Bekanntgabe, soweit der Urheber oder seine Erben das Recht bereits ausgeübt haben (131);
- Muster und Modelle nach deren Hinterlegung (132);
- zum Patent angemeldete sowie patentierte Erfindungen (133);
- Sortenschutzrechte (134).

Marken lassen sich nur mit dem Geschäft übertragen, dessen Erzeugnissen sie zur Unterscheidung dienen (135). Die Pfändung einer Marke als selbständiges Immaterialgut ist folglich ausgeschlossen (136). In gleicher Weise sind Fabrikations- und Geschäftsgeheimnisse wie auch Ausstattungen an ein bestimmtes Unternehmen gebunden (137).

-
- 131) Art. 10 Abs. 1 und 2 des BG's betreffend das Urheberrecht an Werken der Literatur und Kunst vom 7. Dezember 1922 (SR 231.1); dazu Troller II S. 990 ff.; ders., Zwangsverwertung, S. 40 f.; BGE 68 III 65 ff. E. 3
- 132) vgl. Art. 4 und 5 des BG's betreffend die gewerblichen Muster und Modelle vom 30. März 1900 (SR 232.12); Troller II S. 990; ders., Zwangsverwertung, S. 39
- 133) vgl. Art. 33 PatG; Troller II S. 989; ders., Zwangsverwertung, S. 37 f.; BGE 75 III 89 ff.; ZR 79 (1980) Nr. 67 S. 134 E. 2
- 134) vgl. Art. 18 Abs. 1 des BG's über den Schutz von Pflanzenzüchtungen vom 20. März 1975 (SR 232.16); wie bei Erfindungen kommen m.E. nur angemeldete oder bereits registrierte Sortenschutzrechte in Frage.
- 135) Art. 11 Abs. 1 des BG's betreffend den Schutz der Fabrik- und Handelsmarken, der Herkunftsbezeichnungen von Waren und der gewerblichen Auszeichnungen vom 26. September 1890 (SR 232.11)
- 136) Troller II S. 990; ders., Zwangsverwertung, S. 38 f.; hingegen ist es möglich, im Konkurs des Unternehmens die Marke zusammen mit diesem zu verwerten; Troller, Zwangsverwertung, S. 39; Blumenstein S. 626 N. 17; BGE 44 III 148
- 137) Troller, Zwangsverwertung, S. 35 f.; Troller I S. 417 ff. und S. 426 ff.; namentlich das sogenannte "Know-how" kann im Konkurs einen erheblichen Vermögenswert darstellen.

b) Ist streitig, wem ein gepfändetes Immaterialgut zustehe, ist hierüber ein Widerspruchsverfahren durchzuführen (138). Anders als bei Forderungen, gab die Ausdehnung des Widerspruchsverfahrens auf "geistiges Eigentum" nie zu grossen Diskussionen Anlass. Dies erklärt sich wohl aus der Rechtsnatur der Immaterialgüterrechte, die als Ausschliesslichkeitsrechte den dinglichen Rechten in mancher Beziehung sehr ähnlich sind (139).

c) Wie im Falle von körperlichen Sachen sind auch bei der Verwertung von Immaterialgütern nur absolute Drittrechte zu beachten. Nebst dem umfassenden "geistigen Eigentum" fallen Pfand- und Nutzniessungsrechte in Betracht. Rein obligatorische Drittrechte stehen auch im Bereiche des Immaterialgüterrechts einer Verwertung nicht entgegen. Dies ist namentlich in Zusammenhang mit Lizenzen von Bedeutung, welche dem Berechtigten keine gegenüber jedermann durchsetzbare Rechtsmacht, sondern nur einen gegen den Lizenzgeber gerichteten obligatorischen Anspruch auf Benützung des betreffenden Immaterialgutes verleihen (140). Der Lizenznehmer ist somit grundsätzlich nicht zum Widerspruchsverfahren legitimiert. Eine Ausnahme gilt bezüglich im Patentregister eingetragener Lizenzen. Die Eintragung bewirkt, dass die Lizenz gegenüber jedem Erwerber des Patenten wirksam bleibt. Registrierte Lizenzen sind in dieser Hinsicht den Realobligationen vergleichbar (141). Entsprechend können sie Gegenstand eines Widerspruchsverfahrens sein.

138) vgl. Lenhard S. 23; Bürgi S. 5; Pedrazzini S. 29 f.; Jaeger/Daeniker N. 2 zu Art. 106 SchKG; Jaeger N. 3 zu Art. 106 SchKG

139) Troller I S. 91 ff.

140) so jedenfalls die herrschende Schweizer Lehre; Troller I S. 938 ff., insb. S. 940 und 944; Blum Rudolf E. / Pedrazzini Mario M., Das schweizerische Patentrecht, Bd. II, 2. Aufl. Bern 1975, Anm. 42/3 zu Art. 34 PatG; beide mit zahlreichen Verweisen

141) vgl. Art. 34 Abs. 3 PatG und dazu Blum/Pedrazzini, zit. N. 140, Anm. 44 zu Art. 34 PatG

d) Die praktische Bedeutung des Widerspruchsverfahrens um Immaterialgüter ist gering.

Als Beispiel aus der Praxis diene BGE 60 III 115 ff.: Anlässlich der Pfändung eines Patentes für eine Handsäge gab der Schuldner an, er habe dieses bis zu einem Betrag von Fr. 4'000.-- verpfändet. Das Betreibungsamt setzte den Pfändungsgläubigern Frist nach Art. 106/7 SchKG an. Hiegegen führte der Drittansprecher Beschwerde, mit dem Antrag, es sei den Gläubigern Frist nach Art. 109 SchKG anzusetzen. Das Bundesgericht setzt die Zulässigkeit des Widerspruchsverfahrens über ein Pfandrecht an einem Immaterialgut voraus und prüft die Frage des "Gewahrsams". Es kommt zum Schluss, dass der Eintrag im Patentregister ausschlaggebend sei.

4. Vermögenszugehörigkeit bei Haftungsbeschränkungen

a) Im Falle materiellrechtlicher Haftungsbeschränkungen (142) zerfällt das schuldnerische Vermögen in zwei Vermögensmassen: In das Haftungssubstrat einerseits, in das übrige, von der Haftung ausgenommene Vermögen anderseits. Ob eine Haftungsbeschränkung vorliege, ist im Streitfall vor der Durchführung eines allfälligen Widerspruchsverfahrens auf dem Beschwerdeweg oder in einem durch Rechtsvorschlag ausgelösten Gerichtsverfahren zu prüfen (143). Ist die Haftung auf bestimmte, zum voraus feststehende Objekte beschränkt, fällt die Frage nach der Haftungsbeschränkung mit jener nach dem Haftungssubstrat zusammen. Erfasst sie dagegen einen abstrakt umschriebenen Vermögenskomplex, kann trotz feststehender Haftungsbeschränkung umstritten bleiben, ob ein gepfändeter Gegenstand zum Haftungssubstrat gehöre oder nicht. Diese zusätzliche Frage lässt sich im Laufe einer Betreibung zweckmässig nur im Widerspruchsverfahren

142) vgl. dazu oben § 1 2.2.1.1.

143) vgl. oben § 2 2.2.b)

klären (144). Dass dieses auch dazu dienen kann, verschiedene Teile des schuldnerischen Vermögens voneinander abzugrenzen, mag zunächst als Widerspruch zum Gesetzestext erscheinen. Art. 106 Abs. 1 SchKG spricht von Rechten "eines Dritten". Nachdem jedoch die Praxis den Anwendungsbereich des Widerspruchsverfahrens auf alle eine Verwertung ausschliessenden oder zurückdrängenden Rechte ausgedehnt hat (145), ist es m.E. nur folgerichtig, auch dann nach Art. 106 ff. SchKG zu verfahren, wenn nicht ein Dritter, sondern der Schuldner selbst Träger des fraglichen Rechtes ist. Dass der Schuldner persönlich als "Dritt"-Ansprecher auftritt, dürfte ohnehin nur äusserst selten vorkommen. Wie noch näher zu zeigen ist, gehen derartige Ansprachen regelmässig von "eigentlichen" Dritten aus, sei es vom Ehemann gestützt auf sein güterrechtliches Verwaltungs- und Nutzungsrecht, sei es von Eltern, Vormund oder Beirat kraft ihrer gesetzlichen Vertretungsmacht (146).

b) Bestimmungen, die die Haftung auf bestimmte Vermögenskomplexe beschränken, finden sich im materiellen Privatrecht immer in Verbindung mit einer beschränkten Verfügungsmacht des Vermögensinhabers. Den verschiedenen Fällen liegt dabei folgendes Regelungsmuster zugrunde: Dem Vermögensinhaber ist die Verfügungsmacht grundsätzlich entzogen. An seiner Stelle ist ein Dritter verfügbungsberechtigt. Einzig hinsichtlich gewisser Vermögensteile belässt ihm das Gesetz die Verfügungsmacht. Im Umfang dieses "freien" oder "Sonder"-Vermögens kann er sich -- Urteilsfähigkeit vorausgesetzt -- auch verpflichten. Seine Haftung hierfür bleibt indessen auf die seiner Verfügung unterstehenden Vermögensteile beschränkt.

Die Zwangsverwertung kann nur Gegenstände erfassen, über welche der Betriebene auch rechtsgeschäftlich hätte

144) vgl. oben § 3 a) vor N. 8; grundlegend BGE 58 III 85 ff. E. 3

145) vgl. oben § 5 4.

146) vgl. unten c)

verfügen können (147). In einer allein gegen den beschränkt Verfügungsberechtigten geführten Zwangsvollstreckung, sind folglich nur Gegenstände des freien Vermögens pfänd- und verwertbar. Der verfügungsberechtigte Dritte kann sich der Verwertung anderer Objekte im Widerspruchsverfahren widersetzen.

c) Im einzelnen ergeben sich folgende Anwendungsfälle:

aa) Eheliches Güterrecht: Nach feststehender Lehre und Rechtsprechung kann der in Güterverbindung lebende Ehemann in der gegen seine Frau gerichteten Sondergutsbetreibung den Standpunkt vertreten, ein gepfändeter Gegenstand gehöre zu dem seiner Verwaltung und Nutzung unterliegenden eingebrachten Frauengut und sei aus diesem Grunde aus der Pfändung zu entlassen (148). Entgegen der Ansicht Lemp's (149) handelt er dabei m.E. nicht als gesetzlicher Vertreter der Ehefrau im Sinne von Art. 168 Abs. 2 ZGB, sondern kraft eigenen Rechts. Seine Legitimation wurzelt in seinem Nutzungs- und Verwaltungsrecht am eingebrachten Frauengut und der damit verbundenen Verfügungsmacht (150). Wie ihm dieses Recht gestattet,

147) zu diesem Grundsatz oben § 5 2. nach N. 9.

148) BGE 84 III 162; 76 III 93 ff.; Fritzsche/Walder S. 384 f. Rz. 52; Amonn S. 156 und 192; Favre S. 204; Jaeger/Daeniker N. 5 zu Art. 106 SchKG lit. a) und 1); Böschenstein S. 5; Lenhard S. 21 f.; Bürgi S. 3; Lemp N. 20 zu Art. 208 ZGB; Stocker, Ehefrau, S. 4; Rüttimann S. 166; Mustersammlung S. 256

149) Lemp N. 21 zu Art. 208 ZGB unter Hinweis auf abweichende Lehrmeinungen

150) so wohl auch Favre S. 204, Fritzsche/Walder S. 385 Rz. 52, Amonn S. 192, Böschenstein S. 5. sowie BGE 66 III 35.

Die Ehefrau kann zwar grundsätzlich beliebige Verpflichtungen eingehen; frei verfügen aber kann sie nur über ihr Sondergut. Entsprechend bleibt ihre Haftung für gewisse Schulden auf das Sondergut beschränkt; vgl. Lemp N. 4 zu Art. 200 ZGB, N. 8 zu Art. 192 ZGB, N. 2 ff. zu Art. 208 ZGB; Tuor/Schnyder S. 172 f.

sich der rechtsgeschäftlichen Veräusserung von eingebrachtem Gut zu widersetzen, kann er gestützt darauf auch eine Zwangsverwertung derartiger Werte verhindern. In beiden Fällen verfißt er eigene Rechtsinteressen. Entsprechend ist ihm im Widerspruchsverfahren Parteistellung einzuräumen (151).

Umstritten ist, ob in der Sondergutsbetreibung auch die Ehefrau einen Widerspruchsprozess über ihr eingebrachtes Gut führen kann. Dieses Problem aktualisiert sich immer dann, wenn der Ehemann -- aus welchen Gründen auch immer -- nicht willens ist, selbst ein Widerspruchsverfahren einzuleiten. Lemp (152) lehnt eine selbständige Prozessführungsbefugnis der Ehefrau ab; im wesentlichen mit der Begründung, es handle sich um einen Rechtsstreit um eingebrachtes Frauengut, welchen der Ehemann nach Art. 168 Abs. 2 ZGB als Vertreter der Frau führen müsse. Demgegenüber vertreten Egger (153) und mit ihm der überwiegende Teil der Lehre (154) die Ansicht, die Ehefrau könne ihre Rechte im Widerspruchsverfahren selbständig wahren, da Art. 168 Abs. 2 ZGB bei einer tatsächlichen oder rechtlichen Interessenkollision unter den Ehegatten keine Anwendung finden dürfe. M.E. ist diese Lösung vorzuziehen. Es kann nicht dem Sinn von Art. 168 Abs. 2 ZGB entsprechen, dass die Ehefrau tatenlos zusehen muss, wie ihr Mann die Verwertung von eingebrachtem Gut zulässt. Die

151) Stocker II S. 9 N. 22. Das eheliche Güterrecht verwirklicht den Grundsatz, dass die Zwangsvollstreckung nur Werte erfassen soll, über welche der Betriebene auch rechtsgeschäftlich hätte verfügen können, allerdings nicht mit letzter Konsequenz. Es sieht für verschiedene, von der Ehefrau ohne Einwilligung ihres Mannes eingegangene Schulden eine Haftung mit dem gesamten Frauengut vor; vgl. Art. 107 Abs. 1 Ziff. 1, 4 und 5 ZGB; dazu Tuor/Schnyder S. 198.

152) N. 21 zu Art. 208 ZGB; ebenso Stocker II a.a.O.

153) Egger A., Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Eherecht, 2. Aufl., Zürich 1936, N. 11 zu Art. 168 ZGB und N. 11 zu Art. 208 ZGB

154) vgl. Hinweise bei Lemp N. 21 zu Art. 208 ZGB; Jaeger N. 20 zu Art. 107 SchKG; vgl. auch Stocker, Ehefrau, S. 2

Möglichkeit, "ihn im gegebenen Zeitpunkt verantwortlich zu machen oder allenfalls Sicherstellung und Gütertrennung zu verlangen" (155), stellt für sie keine gleichwertige Alternative dar. Schliesslich ist auch darauf hinzuweisen, dass die Ehefrau gemäss Art. 107 Abs. 5 SchKG in der gegen den Ehemann gerichteten Betreuung ihre Rechte am eingebrachten Gut selbständig geltend zu machen befugt ist (156). Es wäre nur schwer einzusehen, weshalb man ihr dieses Recht in der Sondergutsbetreuung absprechen sollte.

Die praktische Durchführung der Sondergutsbetreuung kann sich mitunter recht schwierig gestalten. Nur in den seltensten Fällen herrscht Klarheit über die Zusammensetzung des ehelichen Vermögens (157). Um diesem Problem zu begegnen, hat das Betreibungsamt nach der Rechtsprechung wie folgt zu verfahren: Die Ehefrau ist aufzufordern, die Gegenstände des Sondergutes zu bezeichnen. Auf diese ist die Pfändung zu beschränken, sofern der Gläubiger nicht ausdrücklich die Pfändung weiterer Objekte begehrt. Ist die Vermögenszugehörigkeit zweifelhaft, hat das Amt den Ehemann anzufragen, ob er daran das Nutzungs- und Verwaltungsrecht beanspruche. Falls ja, oder wenn er nicht erreichbar ist, hat es dem Gläubiger Frist zur Widerspruchsklage anzusetzen (158). Das Bundesgericht begründet diese Lösung damit, dass der Ehemann, der keinen Zahlungsbefehl erhalte, von der gegen die Frau gerichteten Betreuung oft gar keine Kenntnis habe und daher Gefahr laufe, bei Fortgang der Betreuung sein Recht zu verlieren. Das trifft wohl zu; indessen besteht die gleiche Gefahr auch für andere Dritte, oft gar noch in stärkerem Masse. Auch sie erhalten keinen Zahlungs-

155) Lemp a.a.O.

156) dazu Jaeger N. 20 zu Art. 107 SchKG; Lenhard S. 61; Blumenstein S. 394

157) Fritzsche/Walder S. 385 Rz. 52

158) BGE 76 III 93 ff.; Fritzsche/Walder S. 385 Rz. 54; Stocker, Ehefrau, S. 4; Rüttimann S. 166

befehl. Auch ihnen kann zustossen, dass sie von der Zwangsvollstreckung erst erfahren, wenn der Erlös bereits verteilt ist. Das Widerspruchsverfahren selbst dann einzuleiten, wenn der Ehemann nicht erreichbar ist, läuft mithin auf eine ungerechtfertigte Privilegierung des Ehemannes gegenüber "gewöhnlichen" Drittansprechern hinaus. Richtigerweise ist das Widerspruchsverfahren mithin auch in der Sondergutsbetreibung nur auf eine entsprechende Ansprache hin einzuleiten (159). Dagegen, dass das Betreibungsamt von sich aus Erkundigungen über die Vermögenszugehörigkeit einholt und den Ehemann zu einer Stellungnahme auffordert, ist nichts einzuwenden (160).

Eine auf das güterrechtliche Nutzungs- und Verwaltungsrecht gestützte Drittansprache fällt ausser Betracht, wenn sich die Betreibung zugleich rechtskräftig gegen den Ehemann richtet (161).

Bei Gütergemeinschaft kann im Rahmen einer Sondergutsbetreibung die Behauptung, ein gepfändeter Gegenstand gehöre zum Gesamtgut, Gegenstand eines Widerspruchsverfahrens bilden (162). Bei der Gütertrennung ergeben sich im Hinblick auf das Widerspruchsverfahren keine Besonderheiten.

159) so auch die ältere Praxis; vgl. Nachweise bei Fritzsche/Walder S. 385 N. 84

160) Auch die Praxis, wonach die Klagefrist in jedem Falle dem Gläubiger nach Art. 109 SchKG anzusetzen sei (BGE 76 III 97; 53 III 4; Stocker, Ehefrau, S. 4; Fritzsche I S. 249), ist abzulehnen. Der zur Begründung angerufene Art. 193 ZGB stellt eine blosser Beweisregel dar, aus welcher sich im Hinblick auf die Parteirollenverteilung im Widerspruchsprozess nichts herleiten lässt (so nun auch Fritzsche/Walder S. 385 f. Rz. 55). Beweislast und Parteirollenverteilung sind voneinander unabhängig (BGE 110 II 22; 88 III 127). M.E. sind die Parteirollen auch in der Sondergutsbetreibung nach den konkreten Gewahrsamsverhältnissen zuzuweisen.

161) Art. 68bis Abs. 1 SchKG; Böschenstein S. 5 mit Verweisen

162) Lemp N. 80 zu Art. 222 ZGB mit Verweisen; hier tritt die eheliche Gemeinschaft als Drittansprecher auf. Im übrigen gelten die gleichen Regeln wie im Falle der Güterverbindung.

bb) Kindesrecht: Im Umfang seines freien Vermögens ist das Kind handlungs- und Verfügungsfähig. Die Betreuung für derartige Verpflichtungen ist gegen das Kind allein zu richten (163). Die Eltern können sich als gesetzliche Vertreter der Pfändung von Vermögensobjekten, die nicht zum freien Kindesvermögen gehören, im Widerspruchsverfahren widersetzen. Das revidierte Kindesrecht schränkt das Recht der Eltern, Kindesvermögen zu nutzen und anzuzehren, derart stark ein (164), dass ihr eigenes rechtliches Interesse am Widerspruchsverfahren nurmehr als gering einzustufen ist. Als Partei ist deshalb das Kind, gesetzlich vertreten durch die Eltern bzw. einen Elternteil, zu betrachten.

cc) Vormundschaftsrecht: In gleicher Weise wie die Eltern nach Kindesrecht, kann sich der Vormund in einer auf das freie Mündelvermögen beschränkten Betreuung auf den Standpunkt stellen, ein gepfändeter Gegenstand sei der Verfügung des Mündels entzogen. Da der Vormund dabei keine eigenen Rechte geltend macht, ist das Mündel, gesetzlich vertreten durch den Vormund, als Partei aufzuführen.

Der unter Verwaltungsbeiratschaft Stehende ist hinsichtlich der Vermögenserträgnisse und des Erwerbseinkommens verpflichtungs- und Verfügungsfähig (165). In einer allein gegen ihn geführten Betreuung ist sein Beistand mit dem Einwand, ein Pfändungsobjekt gehöre zur Vermögenssubstanz, zum Widerspruchsverfahren legitimiert (166).

-
- 163) vgl. Hinweise oben § 1 2.2.1.1. N. 26; BGE 106 III 8 ff.; vgl. auch Tuor/Schnyder S. 290
164) Art. 319/20 ZGB; Hegnauer, zit. § 1 N. 26, S. 165 f.; Tuor/Schnyder S. 292
165) Art. 395 Abs. 2 ZGB; Riemer, zit. § 1 N. 26, S. 118 N. 26; Tuor/Schnyder S. 349
166) BGE 58 III 85 ff. E. 3; Amonn S. 192; Favre S. 204; Böschenstein S. 6; Lenhard S. 21; Jaeger/Daeniker N. 5 zu Art. 106 SchKG lit. e)

d) Ausserhalb des ehelichen Güterrechts ist das Widerspruchsverfahren im Zusammenhang mit materiellrechtlichen Haftungsbeschränkungen von geringer Bedeutung.

Als anschauliches Beispiel aus der Praxis sei gleichwohl der eine Beiratschaft betreffende BGE 58 III 85 ff. angeführt: In einer gegen den unter Verwaltungsbeiratschaft stehenden H. gerichteten Betreuung pfändete das Betreibungsamt ein Sparheft. Den Beirat bezog es nicht in das Verfahren mitein. Hiegegen führte dieser Beschwerde. Das Bundesgericht stellt fest, dass der Verwaltungsbeirat im Umfang der Vermögenssubstanz gesetzlicher Vertreter des Verbeiraten sei; eine allein gegen den Schützling geführte Betreuung sei zwar zulässig, könne aber nur den Reinertrag seines Vermögens sowie seinen Arbeitserwerb erfassen; diesfalls müsse dem Beirat aber die Möglichkeit gewahrt bleiben, eine Verwertung der Vermögenssubstanz zu verhindern; hiefür eigne sich einzig das Widerspruchsverfahren; ohne Bedeutung bleibe der Umstand, dass der Beirat als gesetzlicher Vertreter des Schuldners und nicht kraft eigenen Rechts auftrete. Das Bundesgericht weist das Betreibungsamt aus diesen Erwägungen an, das Widerspruchsverfahren hinsichtlich des fraglichen Sparheftes einzuleiten.

5. Anspruchsberechtigung bei Versicherungen

a) Fällige Versicherungsansprüche sind grundsätzlich ohne Rücksicht auf die Art des Versicherungsvertrages pfänd- und verwertbar (167). Von der Zwangsvollstreckung ausgenommen sind lediglich Ansprüche, welche als Entschädigung für Körperverletzung oder Gesundheitsstörung geschuldet sind (168), in erster Linie also solche aus Unfallversicherungen

167) Jaeger, VVG, N. 1 zu Art. 79/80 VVG;

168) Art. 92 Ziff. 10 SchKG; dazu Fritzsche/Walder S. 328 ff. mit zahlreichen Verweisen; Amonn S. 179 N. 35; Favre S. 186

(169), ferner direkte Forderungen des Verunfallten gegen den Motorfahrzeug-Haftpflichtversicherer (170), nicht aber Ansprüche aus Lebensversicherungen (171). Beschränkt pfändbar sind Renten von Versicherungs- und Alterskassen (172).

Die Zwangsverwertung fälliger Versicherungsansprüche erfolgt nach den allgemeinen für Forderungen geltenden Regeln. Ist umstritten, wem die vom Versicherer geschuldete Leistung zusteht, ist hierüber ein Widerspruchsverfahren nach Art. 106 ff. SchKG durchzuführen (173).

b) Vor Eintritt des Versicherungsfalles sind Versicherungsansprüche nur pfändbar, wenn sie bereits in diesem Zeitpunkt einen realisierbaren Vermögenswert aufweisen. Dies ist nie der Fall, wenn ungewiss ist, ob sich der die Leistungspflicht des Versicherers begründende Tatbestand je ereignen werde. Die blosse Anwartschaft des Versicherten stellt kein pfändbares Aktivum dar (174). Ist dagegen lediglich unbestimmt, wann -- nicht jedoch ob -- sich die versicherte Gefahr verwirklichen wird, weist die Forderung einen konkreten Vermögenswert auf (175), auf welchen die Gläubiger

169) Jaeger, VVG, N. 1 zu Art. 79/80 VVG

170) Art. 65 Abs. 1 SVG; dazu Maurer S. 420 f.; Koenig S. 522 f.

171) Jaeger, VVG, N. 2 zu Art. 79/80 VVG

172) Art. 93 SchKG; dazu Fritzsche/Walder S. 349 Rz. 88; Amonn S. 181 N. 44; Favre S. 188 f.

173) Die Bestimmungen von Art. 4 ff. VBG sind auf die Verwertung von Lebensversicherungen vor Eintritt des Versicherungsfalles zugeschnitten. Nach diesem Zeitpunkt ist das Widerspruchsverfahren deshalb m.E. ungeachtet einer allfälligen Begünstigungsklausel nach Art. 106 ff. SchKG durchzuführen; so wohl auch Jaeger, VVG, N. 35 in Verbindung mit N. 56 zu Art. 79/80 VVG.

174) vgl. oben § 1 2.2.1.3.; vgl. auch Maurer S. 162. So weisen beispielsweise Schadens- und Unfallversicherungen vor Verwirklichung der versicherten Gefahr keinen aktuellen wirtschaftlichen Wert auf; Koenig S. 152.

175) vgl. Fritzsche/Walder S. 305 f. Rz. 67; wichtigstes Beispiel ist die Todesfallversicherung: Jedermann stirbt irgendwann, ungewiss ist nur der Zeitpunkt; Koenig S. 152 f..

in der Zwangsvollstreckung zu greifen berechtigt sind (176). Hauptanwendungsfall bilden die heute weit verbreiteten gemischten Lebensversicherungen, welche mit zunehmender Prämiendauer einen immer höheren Rückkaufswert aufweisen (177).

Gleich wie bei fälligen Versicherungsansprüchen, ist auch hier ein Widerspruchsverfahren einzuleiten, wenn umstritten ist, wer anspruchsberechtigt ist. Dabei sind verschiedene verfahrensrechtliche Besonderheiten zu beachten, die mit dem versicherungsrechtlichen Institut der Begünstigung zusammenhängen. Bevor ich auf die einzelnen Verfahrensfragen eingehe, werde ich im folgenden Abschnitt das Verhältnis von Begünstigung und Zwangsvollstreckung kurz darstellen.

c) Der Versicherungsnehmer kann seine Ansprüche aus der Lebensversicherung wie irgendwelche Forderungen einem Dritten abtreten (178). Daneben kennt das Privatversicherungsrecht eine weitere Verfügungsform: die Begünstigung. Gemäss Art. 76 Abs. 1 VVG kann der Versicherungsnehmer ohne Zustimmung des Versicherers einen Dritten als Begünstigten bezeichnen. Dieser erwirbt ein eigenes Recht auf die Versicherungsleistung, ohne Vertragspartner zu werden (179). Vor Eintritt des Versicherungsfalls kann jedoch der Versicherungsnehmer die Begünstigung jederzeit, ohne an eine Form

176) vgl. Jaeger VVG, N. 5 zu Art. 79/80 VVG

177) Jaeger, VVG, N. 5 und 10 zu Art. 79/80 und N. 35 ff. zu Art. 90 VVG; Maurer S. 334; zum Rückkaufswert vgl. Art. 90 Abs. 2 VVG und dazu Maurer S. 341;

178) Nach Art. 73 Abs. 1 VVG bedarf die Abtretung zu ihrer Gültigkeit zusätzlich zur Schriftform der Uebergabe der Police sowie der schriftlichen Anzeige an den Versicherer; Jaeger, VVG, N. 63 ff. zu Art. 73 VVG; Maurer S. 295 f.; Koenig S. 152 ff.

179) Maurer S. 102 und 344 ff.; Koenig S. 151 und 423 ff.; Jaeger, VVG, N. 4 zu Art. 76 VVG

gebunden zu sein, widerrufen (180); es sei denn, er habe auf dieses Recht unterschriftlich verzichtet und die Police dem Begünstigten übergeben (181).

Hat der Versicherungsnehmer keinen Begünstigten bezeichnet, ist sein Anspruch ausnahmslos pfändbar. Demgegenüber steht eine unwiderrufliche Begünstigung unter Vorbehalt der Anfechtbarkeit jeder Zwangsvollstreckung entgegen (182). Zu differenzieren ist bei widerruflicher Begünstigung. Hier erwirbt der Begünstigte erst nach Eintritt des Versicherungsfalles ein unentziehbares Recht (183). Vor diesem Zeitpunkt erlischt die Begünstigung gemäss Art. 79 Abs. VVG mit der Pfändung von Gesetzes wegen (184). Der Versicherte soll seinen Gläubigern kein Haftungssubstrat entziehen können, auf welches er selber jederzeit durch einfachen Widerruf zu greifen in der Lage wäre. Von diesem Grundsatz statuiert Art. 80 VVG zur Förderung der Familienvorsorge eine wichtige Ausnahme: Sind der Ehegatte oder die Nachkommen Begünstigte, unterliegt, vorbehältlich allfälliger Pfandrechte, weder der Versicherungsanspruch des Begünstigten noch derjenige des Versicherungsnehmers der Zwangsvollstreckung zugunsten der Gläubiger des Versicherungsnehmers (185).

-
- 180) Art. 77 Abs. 1 VVG; dazu Maurer S. 348 und Koenig S. 430 f.. Erst wenn sich die versicherte Gefahr verwirklicht hat, wird somit der Rechtserwerb des Begünstigten endgültig; Jaeger N. 35 zu Art. 79/80 VVG
- 181) Art. 77 Abs. 2 VVG; Maurer, S. 349, weist darauf hin, dass unwiderrufliche Begünstigungen selten vorkommen, da sich dasselbe Ziel auch durch Abtretung des Anspruchs erreichen lasse. Vgl. auch Koenig S. 432.
- 182) Art. 79 Abs. 2 VVG und dazu Jaeger, VVG, N. 64 zu Art. 79/80 VVG
- 183) Erst dann scheidet der Anspruch endgültig aus dem Vermögen des Versicherungsnehmers aus; vgl. Maurer S. 348; Koenig S. 433.
- 184) Jaeger, VVG, N. 37 zu Art. 79/80 VVG mit Verweisen; Maurer S. 348; Koenig S. 431
- 185) Jaeger, VVG, N. 46 ff. zu Art. 79/80 VVG; Maurer S. 349; Koenig S. 431 und 440 f.; Fritzsche/Walder S. 306 Rz. 69. Theoretisch besteht die Gefahr, dass der Versi-

Das Verhältnis von Begünstigung und Pfändbarkeit lässt sich anhand des folgenden Schemas veranschaulichen. "+" bedeutet Pfändbarkeit, "-" Unpfändbarkeit:

Art der Begünstigung	Versicherungsfall	
	eingetreten	nicht eingetreten
keine	+	+
widerrufliche	-	+
widerrufliche zugun- sten des Ehegatten oder der Nachkommen	-	-
unwiderrufliche	-	-

d) Eine Begünstigung kann somit unter gewissen Voraussetzungen einer Zwangsvollstreckung entgegenstehen. Diese Rechtsfolge tritt jedoch nur ein, wenn:

- ein Begünstigter tatsächlich vorhanden ist, und
- die Begünstigung rechtsgültig erfolgt ist.

cherungsnehmer trotz erfolgter Zwangsvollstreckung über den von der Pfändung ausgenommenen Versicherungsanspruch verfügt und dadurch seinerseits die vom Gesetz angestrebte Familienvorsorge vereitelt. Jaeger, a.a.O. N. 52, nimmt eine Gesetzeslücke an, welche in der Weise zu füllen sei, "dass vom Momente der Pfändung an der Schuldner überhaupt über den Versicherungsanspruch nicht mehr zu Ungunsten" der Begünstigten verfügen könne, "und dass eine solche Verfügung (...) durch die nachträgliche Ausstellung eines Verlustscheines über ihn" erlösche.

Ueber das Vorhandensein der ersten Voraussetzung haben das Betreibungsamt und auf Beschwerde hin die Aufsichtsbehörden zu befinden (186). Der Entscheid über die Rechtsgültigkeit der Begünstigung bleibt dem Richter vorbehalten (187). Nach eingetretenem Versicherungsfall ist die Frage im ordentlichen Widerspruchsverfahren nach Art. 106 ff. SchKG zu klären. Vor diesem Zeitpunkt ist nach Massgabe von Art. 4 ff. VBG zu verfahren:

- Bei widerruflicher Begünstigung des Ehegatten oder der Nachkommen (188) hat das Betreibungsamt den Schuldner anzuhalten, den Namen und den Wohnort des Begünstigten, das Datum der Begünstigungserklärung und ihre Form anzugeben (Art. 4 Abs. 1 lit. a) und b) VBG). Diese Angaben sind dem Gläubiger zur Kenntnis zu bringen. Gleichzeitig ist ihm eine Frist von 10 Tagen anzusetzen, innert welcher er die Gültigkeit der Begünstigung bestreiten kann. Unterlässt er dies oder erklärt er, eine Anfechtungsklage anstrengen zu wollen, fällt der Versicherungsanspruch aus der Pfändung (Art. 4 Abs. 2 VBG). Bei rechtzeitiger Bestreitung hat ihm das Betreibungsamt nach Art. 5 Abs. 1 VBG eine weitere 10-tägige Frist anzusetzen, innerhalb welcher er gegen den Begünstigten auf Feststellung der Ungültigkeit der Begünstigung klagen kann. Lässt er die Frist ungenutzt verstreichen, gilt die Begünstigung in der laufenden Betreibung als anerkannt (189).

-
- 186) Jaeger, VVG, N. 54 zu Art. 79/80 VVG. So hat das Betreibungsamt beispielsweise zu prüfen, ob ein Begünstigter Nachkomme sei oder ob die Ehefrau im entscheidenden Zeitpunkt geschieden oder vorverstorben sei.
- 187) Jaeger, VVG, N. 56 zu Art. 79/80 VVG
- 188) Da bei anderen Begünstigten eine Verwertung ohnehin möglich ist, ist die Frage nach der Rechtsgültigkeit der Begünstigung in der Zwangsvollstreckung ohne Bedeutung.
- 189) vgl. im einzelnen Jaeger, VVG, N. 56 ff. zu Art. 79/80 VVG; Fritzsche/Walder S. 307 Rz. 72; Böschstein S. 3; Koenig S. 444; Lenhard S. 99 f.

- Bei unwiderruflicher Begünstigung (190) hat der Schuldner zusätzlich zu den Angaben nach Art. 4 Abs. 1 lit. a) und b) VBG darüber Auskunft zu geben, wann die Police dem Begünstigten übergeben worden ist (Art. 6 Abs. 1 VBG). Das Betreibungsamt hat den Gläubiger davon in Kenntnis zu setzen, mit der Bemerkung, dass eine Pfändung des Anspruchs nur auf ausdrückliches Begehren erfolge (Art. 6 Abs. 2 VBG). Verlangt der Gläubiger die Pfändung, ist ihm mit Zustellung der Pfändungsurkunde eine 10-tägige Klagefrist anzusetzen. Im weiteren ist wie bei der Begünstigung von Familienangehörigen zu verfahren (191).

Der Streit über die Gültigkeit von Begünstigungen ist nach feststehender Lehre und Rechtsprechung ein Widerspruchsverfahren (192). Die in der VBG vorgesehenen Besonderheiten betreffen allein das Vorverfahren. Das daran anschliessende gerichtliche Verfahren unterscheidet sich nicht von einem "gewöhnlichen" Widerspruchsprozess. Insbesondere bleibt die Rechtskraft des Urteils auf die konkrete Betreibung beschränkt (193).

e) Gemäss Art. 77 Abs. 1 VVG bleibt es dem Versicherungsnehmer trotz der Begünstigung grundsätzlich unbenommen, den Versicherungsanspruch zu verpfänden. Nach Art. 9 VBG ist

190) welche auch auf den Ehegatten und/oder die Nachkommen lauten kann; vgl. Jaeger, VVG, N. 70 zu Art. 79/80 VVG; unrichtig Fritzsche/Walder S. 307 Rz. 73

191) Art. 6 Abs. 3 VBG; Einzelheiten dazu bei Jaeger, VVG, N. 68 ff. zu Art. 79/80 VVG; Fritzsche/Walder S. 307 f. Rz. 73 und S. 388 Rz. 57; Böschstein S. 3 f.; Koenig S. 444; Lenhard S. 100

192) BGE 85 III 57 ff. E. 2; Fritzsche/Walder S. 308 Rz. 74; Amonn S. 179; Böschstein S. 3 f.; Stocker I S. 12 lit. f.; Bürgi S. 50; Lenhard S. 23; Jaeger/Daeniker Bd. II S. 133 ff.; Jaeger N. 3 zu Art. 106 SchKG; vgl. auch Koenig S. 445.

Die Begünstigung bewirkt als Verfügungsgeschäft stets eine Vermögensverschiebung. Der Streit über ihre Gültigkeit wäre mithin auch ohne Sonderregelung in der VBG im Widerspruchsverfahren auszutragen.

193) BGE 85 III 62

hinsichtlich einer allfälligen Pfandansprache das Widerspruchsverfahren erst dann einzuleiten, wenn über die Frage der Gültigkeit der Begünstigung rechtskräftig entschieden ist (194).

f) Die spärliche Anzahl publizierter Entscheide deutet darauf hin, dass das Widerspruchsverfahren nach Art. 4 ff. VBG von eher geringer praktischer Bedeutung ist. Daraus lässt sich m.E. aber nicht schliessen, dass die Zwangsverwertung von Lebensversicherungsansprüchen selten vorkommt. Nur dürfte in aller Regel die Gültigkeit von Begünstigungen zu keinem Streit Anlass geben.

Als Beispiel aus der Praxis sei auf BGE 85 III 57 ff. hingewiesen: In einer von J. gegen M. geführten Betreibung pfändete das Betreibungsamt einen Anspruch M.'s aus einer Lebensversicherung. M. gab seine Arbeitgeberin als unwiderprüflich Begünstigte an. Das Amt leitete das Verfahren nach Art. 6 VBG ein. J. erhob fristgerecht Klage auf Feststellung der Ungültigkeit der Begünstigung. Rund drei Monate später pfändete es in einer weiteren von J. angehobenen Betreibung den selben Versicherungsanspruch erneut und setzte ihm wiederum Frist zur Klage an. Das Gericht wies die zweite Klage unter Hinweis auf die erste "wegen Vorliegens der Streithängigkeit" zurück. Dieser Beschluss erwuchs in Rechtskraft. M. ersuchte gestützt darauf das Betreibungsamt, die Pfändung des Anspruchs in der zweiten Betreibung aufzuheben. Das Amt lehnte dies ab, da der erste Prozess materiell noch nicht entschieden sei. Hiegegen führte M. Beschwerde. Die Aufsichtsbehörde trat darauf nicht ein und auferlegte ihm zudem eine Busse wegen trölerischer Beschwerdeführung. Diesen Entscheid zog M. an das Bundesgericht weiter. Das Bundesgericht stellt fest, dass das Verfahren nach Art. 6 VBG "nichts an

194) vgl. Jaeger, VVG, N. 61 und 71 zu Art. 79/80 VVG; Böschenstein S. 4; vgl. auch Koenig S. 431

deres als ein Widerspruchsverfahren sei". Die Rechtskraft sei deshalb "nur für die Betreibung massgebend, in deren Verlauf es eingeleitet wurde". Die Auffassung M.'s sei deshalb nicht nur nicht trölerisch, sondern sogar richtig, weshalb die Busse aufzuheben sei.

6. Legalzession und Aussonderungsrecht nach Art. 401 OR

a) Hat der Beauftragte für Rechnung des Auftraggebers in eigenem Namen Forderungsrechte gegen Dritte erworben, so gehen sie gemäss Art. 401 Abs. 1 OR auf den Auftraggeber über, sobald dieser seinerseits allen Verbindlichkeiten aus dem Auftragsverhältnis nachgekommen ist. Dies gilt nach Art. 401 Abs. 2 OR auch im Konkurs des Beauftragten. Bezüglich vom Beauftragten erworbener beweglicher Sachen gewährt Art. 401 Abs. 3 OR dem Auftraggeber ein entsprechendes Aussonderungsrecht (195).

Legalzession (196) und Aussonderungsrecht (197) dienen, rechtstechnisch verschieden ausgestaltet, dem selben Zweck:

-
- 195) vgl. Gautschi N. 9a und 10a zu Art. 401 OR; derselbe, Subrogation, S. 321 Ziff. 24 und 25; Hofstetter S. 99; Merz Hans, Legalzession und Aussonderungsrecht gemäss Art. 401 OR, in "Erhaltung und Entfaltung des Rechts in der Rechtsprechung des Schweizerischen Bundesgerichts", Festgabe der schweizerischen Rechtsfakultäten zur Hundertjahrfeier des Bundesgerichts, Basel 1975, S. 451 ff., S. 458; Müller S. 276 f.
- 196) zu diesem Begriff von Tuhr/Escher S. 370; "Legalzession" und "Subrogation" bedeuten dasselbe; Gautschi, Subrogation, S. 321 Ziff. 25; Merz, zit. N. 195, S. 458 Ziff. 5.
Als Beispiel einer im öffentlichen Recht wurzelnden Legalzession vgl. Art. 46 Abs. 1 des BG's über die Verrechnungssteuer vom 13. Oktober 1965 (SR 642.21).
- 197) Das Aussonderungsrecht verschafft dem Berechtigten kein Eigentum. Einen der Legalzession vergleichbaren Eigentumsübergang von Gesetzes wegen sieht das Schweizer Recht nicht vor; Gautschi N. 10b zu Art. 401 OR. Durch seine Rechtsbeständigkeit im Konkurs erfährt das Aussonderungsrecht aber gewissermassen eine "Verdinglichung"; Merz, zit. N. 195, S. 463; Hofstetter S. 100; etwas abweichend Gautschi N. 2b zu Art. 401 OR.
Zu den konkursrechtlichen Aussonderungsgründen vgl. Art. 201 ff. SchKG und dazu Fritzsche II S. 56 ff.

Bewegliches Vermögen, das der Beauftragte in eigenem Namen für den Auftraggeber erworben hat, soll dem Zugriff seiner Gläubiger in der Zwangsvollstreckung grundsätzlich entzogen bleiben (198).

b) Art. 401 OR erwähnt nur den Konkurs, nicht aber die anderen Formen der Zwangsvollstreckung. Vorliegend stellt sich somit die Frage, ob Legalzession und Aussonderung auch im Rahmen der Betreibung auf Pfändung spielen:

- Die Legalzession nach Art. 401 Abs. 1 OR führt zu einer unmittelbaren Vermögensverschiebung. Der Auftraggeber wird mit Erfüllung seiner Pflichten Gläubiger der vom Beauftragten für ihn erworbenen Forderungen. Der Rechtsübergang erfolgt kraft Gesetzes. Eines zusätzlichen Uebertragungsaktes bedarf es nicht (199). Da eine gegen den Beauftragten gerichtete Zwangsvollstreckung nur solche Werte erfassen kann, die ihm auch gehören (200), fällt eine Verwertung von Forderungen, die in der umschriebenen Weise in das Vermögen des Auftraggebers übergegangen sind, von vornherein ausser Betracht. Auf die Art der Zwangsvollstreckung kann es nicht ankommen. Aus Art. 401 Abs. 2 OR lässt sich nicht etwa durch Umkehrschluss folgern, die Legalzession sei in der Betreibung auf Pfändung nicht zu beachten. Diese Bestimmung stellt lediglich klar, dass die Konkurseröffnung einen Forderungsübergang im Sinne von Art. 401 Abs. 1 OR nicht hindern kann, erlaubt mithin keine Rückschlüsse auf die Wirkung der Legalzession in der Spezialexécution (201).

-
- 198) zu den gesetzgeberischen Motiven der auftragsrechtlichen Sonderregelung Hofstetter S. 100 mit Verweisen
199) Hofstetter S. 99; Gautschi N. 22a zu Art. 401 OR; von Tuhr/Escher S. 370
200) zu diesem Grundsatz oben § 1 2.1.; vorbehalten bleiben Dritthaftungsverhältnisse
201) Art. 401 Abs. 2 OR erweitert die Rechte des Auftraggebers. Dieser soll auch nach der Konkurseröffnung den Forderungsübergang bewirken können. Keinesfalls aber besagt die Bestimmung, dass die Legalzession nur im Konkurs zu beachten ist; vgl. Gautschi N. 2a zu Art. 401 OR; ungenau Müller S. 277

Dass die Legalzession auch in der Betreibung auf Pfändung zu berücksichtigen ist, wird denn auch in Lehre und Rechtsprechung allgemein anerkannt (202).

- Schwieriger ist die Frage bei der Aussonderung beweglicher Sachen zu beantworten. Trotz des Aussonderungsrechts des Auftraggebers bleibt hier der Beauftragte Eigentümer der fraglichen Sache (203). Die Berücksichtigung seines Rechtes in der Zwangsvollstreckung ergibt sich somit, anders als bei der Legalzession, nicht schon aus allgemeinen Haftungsgrundsätzen, sondern nur aufgrund der positivrechtlichen Sonderregelung von Art. 401 Abs. 3 OR. Diese nennt nun das Aussonderungsrecht klarerweise nur im Zusammenhang mit dem Konkurs. Eine allgemeine Umschreibung des Tatbestandes, wie sie das Gesetz in Art. 401 Abs. 1 OR für die Legalzession anführt, fehlt. Dies erklärt sich indessen daraus, dass das Aussonderungsrecht im Gegensatz zur Legalzession notwendigerweise erst im Rahmen der Zwangsvollstreckung zum Tragen kommen kann (204). In der hier zu erörternden Frage lässt sich daraus mithin nichts folgern. Das Gesetz regelt die Aussonderung parallel zur Legalzession. Art. 401 Abs. 3 OR lehnt sich eindeutig an Abs. 2 dieser Bestimmung an (205). Darin ist der Grund zu erblicken, weshalb auch in Art. 401 Abs. 3 OR nur von Konkurs die Rede ist. Offensichtlich übersah man dabei, dass die Aussonderung in der Betreibung

202) BGE 106 III 86 ff. E. 2; ZR 69 (1970) Nr. 22 S. 71 am Ende; BGE 47 II 220; Müller S. 277; Gautschi N. 10b und 27a zu Art. 401 OR; Hofstetter S. 105 Ziff. 7

203) Das Schweizer Recht kennt keine Aufspaltung in wirtschaftliches und rechtliches Eigentum; vgl. Zobl, syst. Teil N. 1360 mit umfassender Dokumentation

204) Bei gegebenen Voraussetzungen erfolgt die Legalzession auch ausserhalb der Zwangsvollstreckung. Die auf den Auftraggeber übergegangene Forderung tritt anstelle seines Ablieferungsanspruchs gegen den Beauftragten. Die Legalzession bewirkt so letztlich eine Realerfüllung von Gesetzes wegen; Hofstetter S. 99 lit. c); Gautschi N. 20e zu Art. 401 OR

205) Dies erhellt aus der Wendung: "Ebenso kann der Auftraggeber ...".

auf Pfändung nicht schon aufgrund allgemeiner Regeln zu beachten ist. M.E. weist Art. 401 Abs. 3 OR in dieser Hinsicht eine Regelungslücke auf. Hinweise, die auf ein "qualifiziertes Schweigen" des Gesetzes schliessen liessen, finden sich keine.

Gleichwohl lehnt das Obergericht des Kantons Zürich aufgrund des Gesetzeswortlautes eine Ausdehnung des Aussonderungsrechts auf die "Einzelvollstreckung durch Pfändung" ab (206). Lenhard (207) lässt die Frage offen, fügt aber an, dass, falls sie zu bejahen wäre, hierüber ein Widerspruchsverfahren durchzuführen wäre. Der überwiegende Teil der Lehre hingegen befürwortet eine Berücksichtigung des Aussonderungsrechts in der Pfändung (208). Das Bundesgericht hat in seiner seit Beginn dieses Jahrhunderts publizierten Praxis zu dieser Frage nie Stellung nehmen müssen. In BGE 99 II 393 ff. hat es indessen die Aussonderung im Nachlassverfahren zugelassen. Auch dieses Verfahren ist vom Wortlaut von Art. 401 Abs. 3 OR nicht gedeckt. Man darf deshalb annehmen, dass die höchstrichterliche Praxis die Aussonderung auch in der Betreibung auf Pfändung anerkennen würde (209).

Der herrschenden Auffassung ist zuzustimmen. Abgesehen von wenig überzeugenden formalen Argumenten (210), finden sich keine Gründe, die gegen eine Wirksamkeit des Aussonderungsrechts im Pfändungsverfahren sprechen. Die Gefahr, dass der Auftraggeber ohne Aussonderungsmöglichkeit zu Schaden käme, ist in der Spezialexécution eher grösser als im Kon-

206) ZR 69 (1970) Nr. 22 S. 71 am Ende

207) S. 19 f.

208) Jaeger N. 5 zu Art. 106 SchKG S. 332; Gautschi N. 27a ff. zu Art. 401 OR; ders., Subrogation, S. 327 Ziff. 61; Hofstetter S. 105; Müller S. 277; Fritzsche/Walder S. 388 Rz. 57

209) Müller S. 277 unten

210) z.B. Art. 401 Abs. 3 OR sei als Ausnahmenvorschrift restriktiv auszulegen; vgl. Hofstetter S. 102 bei N. 17

kurs, der immerhin eine gewisse Gleichbehandlung aller Gläubiger garantiert. Ferner wäre nicht einzusehen, weshalb nur die Legalzession, nicht aber auch das Aussonderungsrecht in der Betreibung auf Pfändung zu beachten sein sollte. Für eine unterschiedliche Behandlung der beiden Fälle fehlt jeglicher sachliche Grund.

Somit bleibt festzuhalten, dass sich das Aussonderungsrecht nach Art. 401 Abs. 3 OR auch in der Betreibung auf Pfändung durchsetzen lässt (211).

c) Ist im Rahmen einer Betreibung umstritten, ob eine Legalzession erfolgt sei oder ob der Auftraggeber eine Aussonderung beanspruchen könne, ist ein Widerspruchsverfahren einzuleiten (212). Im Falle der Legalzession dreht sich der Streit um die Frage, wer Gläubiger einer Forderung sei (213). Das Aussonderungsrecht an beweglichen Sachen stellt ein eigenständiges, die Zwangsvollstreckung vollständig zurückdrängendes Recht eines Dritten dar, ein Recht also, das den Berechtigten ebenfalls zum Widerspruchsverfahren legitimiert (214).

d) Im Zusammenhang mit Legalzession und Aussonderungsrecht ergibt sich eine Vielzahl oft höchst kontroverser materiellrechtlicher Fragen. Wenn ich im folgenden einige davon kurz erörtere, so deshalb, weil sich der Richter im Rahmen eines Widerspruchsprozesses gegebenenfalls mit ihnen auseinandersetzen muss. Die Ausführungen können nur einen Ueberblick geben. Vollständigkeit ist nicht angestrebt.

211) Entsprechendes gilt im Arrestverfahren

212) Gautschi N. 27c zu Art. 401 OR; Lenhard S. 20; Fritzsche/Walder S. 388 Rz. 57

213) vgl. zum Widerspruchsverfahren um Forderungen oben 2.1.

214) vgl. oben § 5 4.

- Das Aussonderungsrecht erstreckt sich nicht auf Grundstücke (215). Möglich ist hingegen eine Legalzession des obligatorischen Anspruchs auf Eintragung in das Grundbuch (216).

- Auch der Fiduziant kann sich nach der neueren Rechtsprechung in der gegen den Treuhänder gerichteten Betreuung auf Art. 401 OR berufen (217). Die früher verbreitete These, diese Bestimmung beziehe sich nur auf "ganz vorübergehend" begründete Rechtsverhältnisse, kann heute als überholt gelten. Die mir ohnehin gekünstelt erscheinende Abgrenzung von Treuhand und indirekter Stellvertretung hat damit ihre praktische Bedeutung weitgehend eingebüsst (218).

- Wie bei der vertraglichen Abtretung kann sich der Forderungsschuldner auch bei der Legalzession vor der Notifikation des Forderungsüberganges durch Leistung an den Beauftragten gültig befreien (219). Er bringt dadurch die Forderung zum Erlöschen. Eine allfällig bereits erfolgte Legalzession wird mithin gegenstandslos. Besteht der Leistungsgegenstand in einer beweglichen Sache, kann an ihre Stelle unter gewissen Voraussetzungen das Aussonderungsrecht nach Art. 401 Abs. 3 OR treten (220). Eine Aussonderung einkassierten Geldes ist nur möglich, wenn es gesondert aufbewahrt oder sonstwie eindeutig ausgeschieden ist (221).

-
- 215) Gautschi N. 6b zu Art. 401 OR; Hofstetter S. 103; Müller S. 277; ZR 69 (1970) Nr. 22 E. 1
216) Gautschi N. 6c und 9b zu Art. 401 OR; Hofstetter S. 103 mit weiteren Hinweisen
217) BGE 99 II 393 ff.; 102 II 103 ff.; Gautschi N. 12a ff. zu Art. 401 ff. OR; ders., Subrogation, S. 317 f., insb. Ziff. 4; Hofstetter S. 100 f.; Merz, zit. N. 195 S. 459 ff.; Müller S. 276; bedeutsam ist diese Rechtsprechung namentlich bei Treuhandanlagen von Bankkunden.
218) in ähnlichem Sinne Merz, zit. N. 195, S. 456 f. sowie Gautschi, N. 5c und 15a f. zu Art. 401 OR
219) von Tuhr/Escher S. 373
220) Gautschi N. 9a zu Art. 401 OR; Hofstetter S. 103
221) ausführlich dazu Hofstetter S. 103 ff.; Gautschi N. 10a ff. zu Art. 401 OR; Müller S. 276 f.; BGE 102 II 103 ff. E. 2; 102 II 297 ff. E. 3; ZR 78 (1979) Nr. 82 S. 198 ff. E. IV.2.

- Heftig umstritten ist die Frage, ob auch Werte, die der Beauftragte nicht von einem Dritten, sondern vom Auftraggeber selbst erhalten hat, der Aussonderung zugänglich sein sollen. Dieses Problem kann sich namentlich bei fiduziarischer Uebereignung -- sei es zum Zwecke der Verwaltung, sei es sicherheitshalber -- aktualisieren. Die herrschende Lehre spricht sich im Einklang mit dem Gesetzeswortlaut gegen eine derartige Ausdehnung des Anwendungsbereiches von Art. 401 Abs. 3 OR aus (222). Autoren wie Gautschi und Hofstetter, die sich besonders einlässlich mit dem Auftragsrecht auseinandergesetzt haben, gelangen indessen zur gegenteiligen Lösung (223). Merz (224) bezeichnet den geltenden Rechtszustand als unbefriedigend, glaubt aber, eine Aenderung lasse sich nur auf dem Wege der Gesetzgebung herbeiführen. Diese Ansicht erachte ich als zutreffend.

- Die Gültigkeit von Legalzession und Aussonderungsrecht hängt unter anderem davon ab, ob der Auftraggeber seine Verpflichtungen aus dem Auftragsverhältnis erfüllt hat. Der Richter hat diese Voraussetzung nötigenfalls vorfrageweise im Widerspruchsprozess zu prüfen. Die Beweislast trifft den Auftraggeber (225).

Abschliessend bleibt zu betonen, dass der Entscheid über die aufgeworfenen materiellrechtlichen Fragen dem Richter vorbehalten bleiben muss. Der Betreibungsbeamte hat in jedem Fall das Widerspruchsverfahren einzuleiten, gleichgültig wie er sich zur Berechtigung des Auftraggebers stellt. Kommt der Richter zum Schluss, letzterem stünden keine Rech-

-
- 222) vgl. statt vieler Zobl, syst. Teil N. 1470 mit umfassenden Hinweisen auf Lehre und Rechtsprechung
223) Gautschi N. 20a ff. zu Art. 401 OR; ders., Subrogation, S. 318 ff. mit sehr ausführlicher Begründung; Hofstetter S. 102 f.; weitere Nachweise bei Zobl a.a.O.
224) S. 464
225) vgl. Gautschi N. 22a ff. und 26a zu Art. 401 OR; Hofstetter S. 105 f.; Merz, zit. N. 195, S. 458

te aus Art. 401 OR zu, hat er die Klage materiell abzuweisen.

e) Aussonderungsrecht und Legalzession geben im Konkurs oft zu Auseinandersetzungen Anlass (226). In der Betreibung auf Pfändung ist die Bedeutung der Frage weit geringer.

Dem einzigen nach 1900 dazu publizierten Bundesgerichtsentscheid (BGE 47 II 218 ff.) lag folgender Sachverhalt zugrunde: L. verkaufte der G. & Cie. einen Posten Aktenmappen, die er von W. als "Kommissionsware" übernommen hatte. Die D.-AG erwirkte auf die aus diesem Geschäft stammende Preisforderung L.'s einen Arrest. W. leitete das Widerspruchsverfahren ein. Dabei stützte er sich sinngemäss auf die Legalzession nach Art. 401 Abs. 1 OR. Das Bundesgericht stellt zunächst fest, dass der gesetzliche Forderungsübergang auch ausserhalb des Konkurses zu beachten sei, kommt dann jedoch zum Schluss, dass im konkreten Fall keine Kommission, sondern ein Trödelvertrag vorliege, weshalb Art. 401 OR nicht anwendbar sei. Aus diesem Grund weist es die Widerspruchsklage ab.

226) vgl. die in N. 221 angeführten Entscheide

§ 7 Rechte, die die Zwangsvollstreckung einschränken

1. Pfandrechte

a) Die Bereinigung strittiger Pfandansprachen fällt in den ursprünglichen, vom Gesetzeswortlaut gedeckten Anwendungsbereich des Widerspruchsverfahrens (227) und wirft zumindest unter diesem Gesichtspunkt kaum Probleme auf.

Die in Art. 37 SchKG verankerten Legaldefinitionen der Begriffe "Grundpfand" (228) und "Faustpfand" (229) erfassen den Grossteil der dinglichen Sicherungsrechte des schweizerischen materiellen Rechts. Sie gelten für alle Bestimmungen des SchKG's, sind mithin auch im Widerspruchsverfahren zu beachten (230). Darüber hinaus können auch unter ausländischem Recht begründete Sicherungsrechte Gegenstand einer Drittansprache bilden, vorausgesetzt sie sind ihrem Wesen nach einem beschränkten dinglichen Recht schweizerischen Rechts vergleichbar. Der Betreibungsbeamte darf in einem solchen Fall die Einleitung eines Widerspruchsverfahrens nicht etwa mit der Begründung verweigern, das betreffende Recht entfalte hier keine Wirkungen. Allein dem Richter

-
- 227) Art. 106 Abs. 1 und Art. 109 SchKG; Lenhard S. 12; Bürgi S. 3; Amonn S. 191 N. 10; Böschstein S. 2; Stocker I S. 1; Favre S. 196
- 228) Nach Art. 37 Abs. 1 SchKG umfasst der Ausdruck "Grundpfand" nebst den Grundpfandarten des ZGB's die Grundpfandarten des bisherigen Rechtes, die Grundlast und jedes Vorzugsrecht auf bestimmten Liegenschaften, sowie das Pfandrecht an der Zugehör einer Liegenschaft; vgl. Schellenberg S. 27.
- 229) Der Ausdruck "Faustpfand" bezieht sich nach Art. 37 Abs. 2 SchKG auch auf die Viehverpfändung, das Retentionsrecht und das Pfandrecht an Forderungen und anderen Rechten. Ausgenommen bleibt das Versatzpfand; vgl. Schellenberg S. 27 f.
- 230) Lenhard S. 14; Jaeger N. 5 zu Art. 106 SchKG; BGE 89 II 196

bleibt es vorbehalten, in einem nachfolgenden Widerspruchsverfahren zu entscheiden, inwieweit es nach kollisionsrechtlichen Grundsätzen in der Schweiz Bestand haben kann (231).

b) Anders als die in den vorangehenden Abschnitten besprochenen Rechte schliessen Pfandrechte Dritter die Verwertung der davon erfassten Vermögensobjekte zugunsten nicht privilegierter oder im Range nachgehender Gläubiger nicht von vornherein aus. Das Pfandrecht verleiht als beschränktes dingliches Recht (232) keine umfassende, sondern nur eine auf den Sicherungszweck ausgerichtete partielle Herrschaftsmacht (233). Der Pfandeigentümer bleibt trotz der Belastung berechtigt, die Sache zu veräussern oder zusätzlich zu belasten. Seine Verfügungsmacht findet indessen im Recht des Pfandgläubigers eine absolute Grenze: Er kann keine Verfügungen treffen, die sich belastend auf das Pfandrecht auswirken würden (234). Da das Zwangsvollstreckungsrecht nur Werte erfassen kann, über welche der Betriebene auch rechtsgeschäftlich hätte verfügen können (235), darf eine Verwertung pfandbelasteter Gegenstände folglich nur dann stattfin-

-
- 231) Aufsichtsbehörde Genf in BLSchK 46 (1982) Nr. 49 S. 192 ff.; der Fall betraf eine in Italien registrierte Mobiliarhypothek an einem Auto; vgl. auch BGE 103 III 86 ff., welcher Ausführungen zu einer in Hamburg eingetragenen Schiffshypothek enthält; ZR 79 (1980) Nr. 60 S. 117 zu einem nach deutschem Recht begründeten Eigentumsvorbehalt. Zu den sachenrechtlichen Regeln des internationalen Privatrechts vgl. Vischer Frank / von Planta Andreas, Internationales Privatrecht, 2. Aufl., Basel und Frankfurt 1982, S. 155 f. und S. 159 f. mit Hinweisen
- 232) Zu diesem Begriff Zobl, syst. Teil N. 150; Meier-Hayoz, syst. Teil N. 256 ff.; Tuor/Schnyder S. 593 ff.
- 233) Schellenberg S. 17; Zobl, syst. Teil N. 149; Oftinger/Bär, syst. Teil N. 22; BGE 107 III 40 ff. E. 3
- 234) Der Erwerber der verpfändeten Sache muss das Pfandrecht gegen sich gelten lassen. Später errichtete Pfandrechte gehen dem bereits bestehenden im Range nach. Vorbehalten bleiben in beiden Fällen die Regeln über den gutgläubigen Rechtserwerb; Zobl, syst. Teil. N. 845a und N. 846 zu Art. 884 ZGB, je mit Verweisen; Oftinger/Bär N. 399 zu Art. 884 ZGB.
- 235) Zu diesem Grundsatz oben § 5 2. nach N. 9

den, wenn sich die vorgehenden Rechte der Pfandgläubiger voll wahren lassen (236).

Das Schweizer Schuldbetreibungsrecht verwirklicht diesen Grundsatz in drei Stufen:

- Zunächst bietet das Widerspruchsverfahren dem Pfandgläubiger Gelegenheit, einen Entscheid über die Berücksichtigung des von ihm behaupteten Rechts in der laufenden Betreuung zu erzwingen (237). Sind die Betreuungsgläubiger nicht bereit, das Pfandrecht anzuerkennen, mündet das Verfahren in einen Widerspruchsprozess aus, in welchem dem Pfandgläubiger -- zumindest bei formell richtig bestellten Pfandrechten -- regelmässig die prozessual vorteilhaftere Beklagtenrolle zufallen wird (238).

- Ist das Pfandrecht anerkannt oder gerichtlich festgestellt, bedeutet dies nach dem Gesagten noch nicht, dass der Pfandgegenstand aus der Pfändung zu entlassen wäre. Vielmehr haben die Vollstreckungsorgane nun zu prüfen, ob eine Verwertung unter Wahrung der Rechte der Pfandgläubiger möglich ist. Diesem Zweck dient das in Art. 126 SchKG aufgestellte Deckungsprinzip (239). Danach darf der Zuschlag nur

236) BGE 89 II 192 ff.; Fritzsche/Walder S. 361 Rz. 2; Amonn S. 204 N. 58; Stocker I S. 1; Zobl, syst. Teil N. 794 mit weiteren Hinweisen; vgl. auch Blumenstein S. 386 N. 11; Meier-Hayoz N. 142 zu Art. 641 ZGB

237) Zobl, syst. Teil N. 704 mit zahlreichen Verweisen

238) Pfandrechte an Fahrnis lassen sich unter Vorbehalt weniger gesetzlich zugelassener Ausnahmen nur durch Übertragung des Besitzes begründen; Art. 884 Abs. 1 ZGB und dazu Zobl N. 481 zu Art. 884 ZGB mit Verweisen; Oftinger/Bär N. 179 ff. zu Art. 884 ZGB. Der Pfandgläubiger ist deshalb meist auch Gewahrsamsinhaber. Die Errichtung von Grundpfandrechten erfordert -- gewisse gesetzliche Pfandrechte ausgenommen -- einen Eintrag im Grundbuch (Art. 799 Abs. 1 ZGB), welcher in der Frage der Parteirollenverteilung anstelle des Gewahrsams tritt; vgl. Fritzsche/Walder S. 363 ff.; Amonn S. 196 f.; Stocker I S. 4; Böschenstein S. 9

239) Art. 126 SchKG bezieht sich auf die Verwertung von Fahrnis in der Betreuung auf Pfändung, gilt aber kraft Verweises auch bei jener von Grundstücken (Art. 141

erfolgen, wenn das Angebot des Meistbietenden den Betrag allfälliger dem betreibenden Gläubiger im Range vorgehender Pfandforderungen übersteigt (240). Mangels eines solchen Angebotes fällt die Betreibung hinsichtlich des fraglichen Gegenstandes dahin (Art. 126 Abs. 2 SchKG). Da das Deckungsprinzip nicht allein die Pfandgläubiger, sondern auch den Schuldner schützen soll, hat das Bundesgericht zurecht entschieden, dass die Pfandgläubiger nicht auf dessen Einhaltung verzichten können (241).

Es versteht sich von selbst, dass Forderungen mitbetreibender Pfandgläubiger dem Deckungsprinzip nicht unterworfen sind (242). Nicht anwendbar ist das Deckungsprinzip ferner in der Retentionsbetreibung (243).

SchKG, konkretisiert in Art. 53 ff. VZG) sowie in der Betreibung auf Pfandverwertung (Art. 156 SchKG), nicht dagegen im Konkurs (Art. 259 SchKG und dazu Fritzsche II S. 165 f.; Amonn S. 377 N. 15).

- 240) Fritzsche/Walder S. 418 f.; Amonn S. 226 N. 24; Zobl, syst. Teil N. 687; Favre S. 223; Blumenstein S. 431; Fehlmann S. 79; BGE 104 III 79 ff. E. 2; 91 III 60 ff. E. 1.; zum Begriff des "betreibenden Gläubigers" in der Grundpfandbetreibung vgl. Art. 105 VZG.

Hängt der Mindestzuschlagspreis vom Ergebnis eines Lastenbereinigungsverfahrens ab, ist die Verwertung bis zur Erledigung des Prozesses aufzuschieben; Art. 41 Abs. 1 VZG. Der Widerspruch dieser Bestimmung zu Art. 53 Abs. 1 VZG ist entstehungsgeschichtlich zu erklären. Er ist zugunsten von Art. 41 Abs. 1 VZG zu entscheiden; BGE 107 III 122 ff.

- 241) BGE 104 III 79 ff. E. 3; irrig Fehlmann S. 79. Namentlich bei nicht fälligen grundpfandversicherten Forderungen hat der Schuldner ein erhebliches Interesse, dass er im Rahmen einer späteren Grundpfandbetreibung Forderung und/oder Pfandrecht auf dem Wege des Rechtsvorschlages bestreiten kann. Bei fälligen Grundpfandforderung und allen Faustpfandforderungen kann er dagegen eine Liquidation des Pfandes im Rahmen einer von dritter Seite angehobenen Betreibung nicht verhindern. Insbesondere ist er grundsätzlich nicht legitimiert, die Pfandansprache im Widerspruchsverfahren nach Art. 109 SchKG zu bestreiten.

- 242) BGE 104 III 79 ff. E. 2; Jaeger N. 5 zu Art. 126 SchKG S. 414

- 243) BGE 104 III 79 ff. E. 4; 89 III 72 ff. E. 1; Zobl, syst. Teil N. 688; Fritzsche/Walder S. 419 Rz. 6; Amonn S. 226; zur früheren, teilweise abweichenden Praxis Blumenstein S. 431 N. 22; Jaeger N. 5 zu Art. 126 SchKG S. 414; vgl. unten § 8 3.c)

Ein unter Missachtung des Deckungsprinzips erfolgter Zuschlag ist anfechtbar, nicht etwa nichtig. Während laufender Beschwerdefrist kann ihn das Betreibungsamt auch von Amtes wegen widerrufen (244).

- Erweist sich der Zuschlag als möglich, hat das Betreibungsamt schliesslich je nach Art des Pfandes bzw. der Fälligkeit der gesicherten Forderung zwei grundlegend verschiedene Methoden zu befolgen:

-- Für nicht fällige grundpfandversicherte Forderungen gilt das Ueberbindungsprinzip, welches besagt, dass Grundstücke mit allen nach dem Lastenverzeichnis darauf haftenden Belastungen zu versteigern sind, unter Ueberbindung der damit verbundenen persönlichen Schuldpflicht auf den Erwerber (245). Die Ueberbindung erfolgt -- was das Gesetz als selbstverständlich voraussetzt -- unter Anrechnung auf den Zuschlagspreis (246). Nachgehende Pfandforderungen sind zu überbinden, wenn sie nach dem Zuschlagspreis noch zu Recht bestehen (247). Was die persönliche Weiterhaftung des Pfand-

244) Fehlmann S. 81; Jaeger/Daeniker N. 5 zu Art. 126 SchKG; BGE 67 III 89 ff.

245) Art. 135 Abs. 1 SchKG, Art. 45 Abs. 1 lit. a) und Art. 46 Abs. 3 VZG; Fritzsche/Walder S. 440 f. mit Hinweisen auf die geschichtlichen Wurzeln dieses Systems; Amonn S. 243 N. 49; Jaeger N. 2 und 3 zu Art. 135 SchKG; Fehlmann S. 82 und 114 f.; Brand, Verwertung, S. 6; Holliger S. 13 ff.

246) Brand, Verwertung, a.a.O.; wird z.B. eine mit Fr. 400'000.-- belastete Liegenschaft zu Fr. 450'000.-- zugeschlagen, hat der Erwerber netto Fr. 50'000 zu entrichten.

247) Art. 45 Abs. 1 letzter Satz VZG. Bsp.: Eine Liegenschaft ist mit einer ersten und einer zweiten Hypothek von je Fr. 300'000.-- belastet. Der erste Pfandgläubiger betreibt auf Pfandverwertung. Das Höchstgebot beträgt Fr. 400'000.--. Der erste Gläubiger erhält volle Deckung. Die zweite Hypothek lässt sich nur im Betrag von Fr. 100'000.-- auf den Erwerber übertragen. Im Mehrbetrag von Fr. 200'000.-- ist sie zu löschen (Art. 68 Abs. 1 lit. b) VZG; vgl. auch Fritzsche/Walder S. 453 Rz. 45; Holliger S. 16.

schuldners betrifft, hat das SchKG die in Art. 832 ZGB getroffene Regelung übernommen (248). Das Ueberbindungsprinzip gewährleistet eine mit der materiellen Rechtslage vollkommen übereinstimmende Wahrung der Interessen der Pfandgläubiger.

-- Fällige Grundpfandforderungen (249) und sämtliche Fahrnispfandforderungen (250) sind bei der Verwertung des Pfandgegenstandes zu liquidieren (Liquidationsprinzip). Die Pfandsache ist dem Ersteigerer unbelastet zuzuschlagen. Mit der Verwertung erlöschen alle darauf lastenden Pfandrechte, ohne Rücksicht darauf, ob die betroffenen Gläubiger an der Betreibung teilnahmen oder nicht (251). Aus dem Erlös sind die Pfandgläubiger ihrem Range nach vorweg zu befriedigen (252). Beim Freihandverkauf nach Art. 130 SchKG findet das Liquidationsprinzip entsprechende Anwendung (253).

Die Liquidation nicht fälliger Fahrnispfandforderungen kann die materielle Rechtslage der Pfandgläubiger beeinträchtigen, müssen sie sich doch die Realisation des Pfandes selbst gegen ihren Willen gefallen lassen (254). Dieser vollstreckungsrechtliche Eingriff in das materielle Recht (255) wiegt aber nicht schwer, weil dank des bei der Verwer-

-
- 248) Art. 135 Abs. 1 2. Satz SchKG; vgl. Fritzsche II S. 166; Jaeger N. 4 zu Art. 135 SchKG; Brand, Verwertung, S. 6
- 249) Art. 135 Abs. 1 letzter Satz SchKG, Art. 46 Abs. 1 VZG; Fritzsche/Walder S. 441 Rz. 10; Blumenstein S. 454 N. 17; Jaeger N. 5 zu Art. 135 SchKG; Amonn S. 243 N. 49; Favre S. 236
- 250) Zobl, syst. Teil N. 689; Oftinger/Bär, syst. Teil N. 125; Fritzsche/Walder S. 419 Rz. 7; Fehlmann S. 82 und 100 f.; Brand S. 6; BGE 64 III 191 ff.
- 251) Zobl, syst. Teil N. 693 mit Hinweisen; BGE 107 III 183 ff. E. 2
- 252) Gläubiger nachgehender Pfandforderungen partizipieren daran, soweit es das Steigerungsergebnis gestattet; Brand S. 6
- 253) BGE 64 III 193
- 254) Art. 129 Abs. 1 SchKG; Zobl, syst. Teil N. 689; Jaeger N. 2 zu Art. 129 SchKG
- 255) vgl. oben § 5 2. bei N. 7

tung einzuhaltenden Deckungsprinzips die wirtschaftlichen Interessen der Pfandgläubiger umfassend gewahrt bleiben. In jeder Hinsicht unbedenklich ist die Liquidation fälliger Pfandforderungen (256).

Das Betreibungsamt ist nicht berechtigt bei vorzeitiger Liquidation einer Pfandforderung einen Zwischenzins abzuziehen (257).

c) Pfandrechte sind ihrer Funktion entsprechend grundsätzlich vom Bestand der zu sichernden Forderung abhängig. Am reinsten findet sich dieses in der Lehre als Akzessorietätsprinzip bezeichnete Abhängigkeitsverhältnis (258) bei den Fahrnispfandrechten (259) und der Grundpfandverschreibung (260). Bei den Verkehrstiteln Schuldbrief und Gült spielt es nur in abgeschwächter Form (261). Insbesondere

-
- 256) Eine Ueberbindung fälliger Pfandforderungen ohne Einwilligung der Betroffenen wäre höchst unzweckmässig; Fritzsche/Walder S. 441 Rz. 10. Falls sich die Pfandgläubiger damit einverstanden erklären, ist es zulässig, fällige Forderungen zu überbinden; Art. 47 Abs. 1 VZG; BGE 91 III 66 ff. E. 1.a); zur analogen Anwendung bei Faustpfandforderungen BGE 52 III 168 ff. E. 1
- 257) Art. 81 Abs. 2 OR analog. Eine analoge Anwendung von Art. 208 Abs. 2 SchKG fällt m.E. angesichts des auf die besonderen Verhältnisse des Konkurses zugeschnittenen Charakters dieser Bestimmung ausser Betracht.
- 258) Zobl, syst. Teil N. 245 ff. mit umfassenden Hinweisen; Oftinger/Bär N. 149 zu Art. 884 ZGB; von Tuhr/Peter S. 21 bei N. 74
- 259) Zobl, syst. Teil N. 246 f.; Oftinger/Bär N. 149 ff. zu Art. 884 ZGB; Tuor/Schnyder S. 698; BGE 96 II 378 ff. E. 4
- 260) Zobl, syst. Teil N. 249; Oftinger/Bär N. 153 zu Art. 884 ZGB; Tuor/Schnyder S. 670 f.; Bundesgericht in ZBGR 61 (1980) Nr. 11 S. 55 ff. E. 2. Nach Art. 826 ZGB fällt die Grundpfandverschreibung bei Untergang der Forderung nicht von Gesetzes wegen dahin; der Grundeigentümer kann lediglich die Löschung verlangen. Indessen zeitigt die blosse Buchexistenz einer Grundpfandverschreibung keinerlei materiellrechtliche Wirkungen; Tuor/Schnyder a.a.O..
- 261) Art. 855 Abs. 1 und Art. 856 ZGB und dazu Tuor/Schnyder S. 669 und 672

können diese Pfandrechte trotz Tilgung der Forderung als Rechte an eigener Sache weiterbestehen (262). Da jedoch nicht in Verkehr gesetzte Eigentümerpfandrechte bei der Verwertung des Grundstückes gleich leeren Pfandstellen unberücksichtigt bleiben (263), sind im Bereiche der Schuldbetreibung auch Schuldbrief und Gült an den Bestand einer Forderung gebunden und in diesem Sinne akzessorisch (264).

Bei der Verwertung von Pfandgegenständen ist das Akzessorietätsprinzip in dreifacher Hinsicht von Bedeutung:

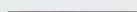
- Die Berücksichtigung einer Pfandansprache setzt eine gültige bzw. nicht bestrittene Pfandforderung voraus.
- Das Wertverhältnis von Pfandgegenstand und Forderung kann ausschlaggebend sein, ob der Betreibungsgläubiger die Pfandansprache bestreiten oder anerkennen will.
- Die zum Schutze der Pfandgläubiger aufgestellten betreibungsrechtlichen Vorkehren lassen sich nur wahren, wenn die Höhe der Pfandforderung bekannt ist (265).

Damit wird klar, dass sich eine Pfandansprache nie losgelöst vom zugrundeliegenden Forderungsverhältnis beurteilen lässt. Der Pfandansprecher kann sich deshalb nicht damit begnügen, das Pfandrecht als solches anzumelden, sondern ist zusätzlich gehalten, die Pfandforderung zu beziffern. Nöti-

-
- 262) Art. 873 in Verbindung mit Art. 863 ZGB; Tuor/Schnyder S. 600 f.; Oftinger/Bär N. 153 zu Art. 884 ZGB; Zobl Dieter, Probleme bei der Verpfändung von Eigentümerschuldbriefen, in ZBGR 59 (1978) S. 193 ff., S. 198
- 263) Art. 815 ZGB; Art. 35 Abs. 1 VZG; Tuor/Schnyder S. 671 N. 6; Schellenberg Christof, Die betreibungsrechtlichen Wirkungen des Eigentümerpfandes nach schweizerischem Recht, Diss. Zürich 1955, S. 29 ff.
- 264) Ähnlich Schellenberg, zit. N. 263, S. 15
- 265) vgl. zum Ganzen Lenhard S. 11 f.; Böschenstein S. 7 f.

genfalls hat ihn das Betreibungsamt dazu aufzufordern (266). Bleibt die Forderung bestritten, hat sie der Richter im Widerspruchsprozess nach Bestand und Umfang zu beurteilen. Von der Beantwortung dieser Vorfrage (267) hängt es unter anderem ab, ob und in welchem Mass er die Pfandansprache schützen kann. Da -- wie erwähnt -- im weiteren Lauf der Betreibung die Höhe der Pfandforderung bekannt sein muss, hat er den zu berücksichtigenden Betrag m.E. im Urteilsdispositiv festzuhalten (268).

d) Das materielle Recht gestattet die Errichtung von Fahrnispfandrechten (269) und Grundpfandverschreibungen (270) auch zur Sicherung befristeter, bedingter oder künftiger Forderungen (271). Das Zwangsvollstreckungsrecht kann sich dieser Tatsache nicht verschliessen. Indessen ist nicht zu übersehen, dass eine vorbehaltlose Berücksichtigung derartiger Pfandrechte die Interessen der übrigen Gläubiger empfindlich beeinträchtigen kann. Namentlich bei künftigen und bedingten Forderungen steht nicht fest, ob der Pfandgläubiger die Pfandsicherheit je beanspruchen wird. Die Ein-



- 266) Böschenstein S. 7; Lenhard S. 11; Zobl, syst. Teil N. 706; Favre S. 197; Stocker II S. 10; vgl. auch Oftinger/Bär N. 126 zu Art. 884 ZGB. Kommt der Pfandansprecher dieser Aufforderung nicht nach, ist nach der Praxis anzunehmen, die Ansprache werde bis zum Schätzungswert der Pfandsache erhoben; BGE 52 III 182 ff., insb. S. 185
- 267) ZR 81 (1982) Nr. 72 S. 164 f.
- 268) Das Dispositiv könnte z.B. so lauten: "Es wird festgestellt, dass in der Betreibung Nr. 1955 des Betreibungsamtes Winterthur IV bei der Verwertung der zehn gepfändeten Aktien "Rieter Namen" ein Pfandrecht zugunsten der Beklagten für eine Forderung von Fr. 7'500.-- nebst Zins zu 5 % ab 28. Mai 1985 zu berücksichtigen ist". Zur möglichen Formulierung des Rechtsbegehrens vgl. Lenhard S. 62.
- 269) Zobl, N. 224 und N. 235 zu Art. 884 ZGB mit Hinweisen; Oftinger/Bär N. 122 ff. zu Art. 884 ZGB
- 270) Art. 824 Abs. 1 ZGB und dazu Tuor/Schnyder S. 673; BGE 108 II 47 ff. E. 2 = ZBGR 66 (1985) Nr. 12 S. 52 ff.
- 271) zu dieser Terminologie vgl. Zobl N. 224 ff. zu Art. 884 ZGB; von Tuhr/Escher S. 254 ff.; Oftinger/Bär N. 122 zu Art. 884 ZGB

haltung des Deckungsprinzips kann in solchen Fällen dazu führen, dass den nicht privilegierten Gläubigern erhebliche schuldnerische Aktiven vorenthalten bleiben, auf welche der Pfandgläubiger möglicherweise gar nie zu greifen berechtigt sein wird.

Die umschriebene Interessenlage rechtfertigt m.E. jedoch nicht, vom Grundsatz des Vorranges des materiellen Rechts abzuweichen. Wenn dieses dingliche Sicherungsrechte auch bei ungewissen Forderungsverhältnissen zulässt, muss das Betreibungsrecht deren Berücksichtigung in der Zwangsverwertung garantieren. Soweit bedingte Forderungen und solche mit ungewisser Verfallzeit in Frage stehen, ist dies unumstritten: Derartige Pfandforderungen sind in analoger Anwendung der konkursrechtlichen Regelung von Art. 210 Abs. 1 SchKG im vollen Betrag zu berücksichtigen. Vom allfälligen Liquidationserlös ist der auf die Pfandforderung entfallende Teil bei der kantonalen Depositenanstalt zu hinterlegen (272).

Bei künftigen Forderungen ist die Frage dagegen höchst kontrovers. Die Lösungsvorschläge reichen von vorbehaltloser Berücksichtigung über verschiedene Zwischenstufen bis zur

-
- 272) Zobl, syst. Teil N. 705 und 708; Oftinger/Bär N. 126 zu Art. 884 ZGB; Art. 264 Abs. 3 SchKG analog. Sind die Voraussetzungen der Pfandhaft erfüllt, kann der Pfandgläubiger die hinterlegte Summe beanspruchen, sofern er einen Vollstreckungstitel gegen den Pfandschuldner beibringen kann; vgl. BGE 72 III 14 ff.; auch ein obsiegendes Urteil im Widerspruchsprozess vermag ihn hievon nicht zu entbinden, da dieses bezüglich des Eintrittes der Fälligkeit bzw. Bedingung nichts aussagt. Ergibt sich dagegen, dass der Pfandgläubiger sein Pfand nicht beanspruchen wird, fällt das Depositum m.E. mangels anderer gesetzlicher Regelung an den Schuldner zurück. Die ehemaligen Betreibungsgläubiger können dieses Aktivum zwar erneut pfänden lassen, müssen es aber hinnehmen, dass sich ihnen gegebenenfalls weitere Gläubiger anschliessen.

gänzlichen Nichtbeachtung (273). Es ist hier kein Raum, diese äusserst komplexe Frage näher zu behandeln. Festgehalten sei einzig, dass mir zumindest in jenen Fällen, in denen der Pfandgläubiger keinen Einfluss auf die Entstehung der Pfandforderung nehmen kann, eine Beachtung des Pfandrechts in der Betreibung nachhaltig geboten erscheint (274).

Der Betreibungsbeamte braucht sich mit den vorstehend skizzierten Problemen nicht auseinanderzusetzen. Er hat das Widerspruchsverfahren ungeachtet der zu treffenden Lösung einzuleiten. Der Richter muss entscheiden, ob die Voraussetzungen für die Berücksichtigung des Pfandrechts gegeben sind (275).

e) Die oben erörterten Regeln gelten grundsätzlich auch bei der Verwertung von Gegenständen, an welchen Drittpfandrechte bestehen. So kann der Pfandgläubiger in einer von andern Gläubigern gegen den Pfandeigentümer angehobenen Betreibung die Berücksichtigung seines Rechtes im Widerspruchsverfahren durchsetzen. Ferner ist auch hier der Zuschlag an die Voraussetzung geknüpft, dass das Meistgebot den Betrag der Pfandforderung übersteige (276). Anders als bei Identität von Pfandschuldner und -eigentümer soll hingegen nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts der auf die Pfandforderung entfallende Teil des Erlöses solange zurückbehalten werden, bis der Pfandgläubiger je einen rechtskräftigen Zahlungsbefehl gegen Schuldner und Drittpfandeigentü-

-
- 273) vgl. die Zusammenfassung von Lehre und Rechtsprechung bei Zobl, syst. Teil N. 705; vgl. ferner Oftinger/Bär N. 125 zu Art. 884 ZGB
- 274) im gleichen Sinn BGE 52 III 186 für die Pfändung von Pflichtaktien; vgl. im übrigen den sehr überzeugenden Lösungsvorschlag Zobl's, syst. Teil N. 708.
- 275) Naturgemäss wird es dem Pfandgläubiger meist schwer fallen, eine noch gar nicht entstandene Forderung zu beziffern. In einem solchen Fall ist auf den Wert des Pfandobjektes abzustellen; vgl. Zobl, syst. Teil N. 708.
- 276) BGE 91 III 60 ff.; für die entsprechenden Fragen im Konkurs des Pfandeigentümers vgl. Zobl, syst. Teil N. 742; Schellenberg S. 68

mer vorlegen kann (277). Dieses Vorgehen kann aus der Sicht der Gläubiger des Pfandeigentümers zu einer unerwünschten Bindung von Haftungssubstrat führen (278), was deshalb nicht unbedenklich ist, weil der Natur des Drittpfandrechtes entsprechend völlig ungewiss sein kann, ob der Pfandgläubiger die Sicherheit je beanspruchen muss. Es ist ohne weiteres denkbar, dass der nicht in das Verfahren miteinbezogene Schuldner zahlungswillig und liquid ist (279).

M.E. ist die Bundesgerichtspraxis nicht haltbar. Sie beruht auf einer zu starken Gewichtung der Interessen des Drittschuldners. Wohl trifft es zu, dass dieser keine Möglichkeit hat, in der gegen den Pfandeigentümer gerichteten Betreuung zu intervenieren, um gegebenenfalls seine Schuldpflicht zu bestreiten. Dies rechtfertigt indessen nicht, den Steigerungserlös in der umschriebenen Weise "einzufrieren". Auch wenn der Pfandschuldner zugleich Eigentümer des Pfandes ist, kann er nicht verhindern, dass der Pfandgläubiger seinen Anteil am Erlös ohne vorgängige Prüfung der materiellen Rechtslage erhält (280). Auch er bleibt möglicherweise auf den Ausweg einer Bereicherungsklage verwiesen. Es ist schlicht nicht ersichtlich, weshalb bei Drittpfandverhält-

-
- 277) BGE 72 III 14 ff.; wo eine Ueberbindung der Pfandlast möglich ist, ergeben sich keine Besonderheiten bei Drittpfandverhältnissen.
- 278) Die Situation ist jener bei künftigen und bedingten Pfandforderungen vergleichbar; vgl. oben d).
- 279) Der Sachverhalt von BGE 91 III 60 ff. belegt dies sehr eindrücklich: Das Betreibungsamt musste eine gepfändete Forderung im Werte von rund Fr. 750'000.-- wegen eines zugunsten eines Dritten daran bestehenden Pfandrechtes auf symbolische Fr. 100.-- schätzen, obwohl ungewiss war, ob der Pfandgläubiger je darauf greifen werde, da für dieselbe Forderung noch andere Sicherheiten bestanden.
- 280) Die Frage nach dem Bestand der Forderung kann wohl als Vorfrage in einem Widerspruchsprozess zur Sprache kommen. Da Pfandansprachen in aller Regel im Verfahren nach Art. 109 SchKG zu beurteilen sind, wird der Schuldner indessen nur in Ausnahmefällen legitimiert sein, den Prozess selbst zu führen.

nissen nicht gelten sollte, was im Normalfall als Konsequenz des Liquidationsprinzips (281) allgemein anerkannt ist. M.E. drängt es sich deshalb auf, auch Drittpfandrechte bei der Verwertung vorbehaltlos zu liquidieren. Dies liegt umso näher, als sich dadurch auch ein Ausgleich zugunsten der übrigen Gläubiger herbeiführen lässt; denn mit der Befriedigung des Pfandgläubigers aus dem Verwertungserlös geht dessen Forderung kraft Subrogation auf den Betreibungsschuldner über (282). Die subrogierte Forderung stellt nun ihrerseits ein pfändbares Aktivum dar und lässt sich ohne weiteres zugunsten der Betreibungsgläubiger verwerten. Diese können so unmittelbar von einer allfälligen Liquidität des Pfandschuldners profitieren und brauchen nicht zuzuwarten, bis das zurückbehaltene Guthaben ganz oder teilweise an den Schuldner zurückgefallen ist. Dem Pfandschuldner schliesslich erwachsen aus diesem Vorgehen keine Nachteile. Er kann seine Rechte gegenüber dem Erwerber der Forderung bzw. dem nach Art. 131 SchKG Angewiesenen uneingeschränkt geltend machen.

f) Nach feststehender Lehre und Rechtsprechung ist ein Widerspruchsverfahren auch dann einzuleiten, wenn es sich beim Objekt der Pfandansprache nicht um eine Sache, sondern um eine Forderung oder sonst ein Recht handelt (283). An sich liessen sich gegen diese Meinung dieselben Bedenken wie im Falle der Bereinigung umstrittener Gläubigerschaft anführen. Umso erstaunlicher ist deshalb, dass sich ihr selbst Leuch anschliessen konnte (284). Zur Frage der Zweckmässig-

281) vgl. dazu oben nach N. 249

282) Art. 110 Ziff. 1 OR analog; Zobl N. 985 zu Art. 884 ZGB; BGE 95 III 55 mit Verweisen

283) grundlegend BGE 29 I 262 ff.; Fritzsche/Walder S. 377; Lenhard S. 23; Jaeger N. 3 zu Art. 106 SchKG S. 331; Stocker I S. 8; Mustersammlung S. 259; Böschenstein S. 2 f.; Bürgi S. 5; Favre S. 199; Blumenstein S. 384 f.; Zobl, syst. Teil N. 669; Oftinger/Bär, syst. Teil N. 128

284) S. 2 N. 1; seine Begründung, die Frage eines Gewahrsams stelle sich bei Pfandrechten praktisch nicht, vermag allerdings kaum zu überzeugen.

keit kann ich auf meine Ausführungen zum Widerspruchsverfahren um Forderungen verweisen, welche hier sinngemäss gelten (285).

g) In der Betreibung auf Pfandverwertung kann das Widerspruchsverfahren auch dazu dienen, die Rangfolge mehrerer den gleichen Gegenstand belastender Pfandrechte abzuklären (286). Dass dieselbe Frage gegebenenfalls auch Gegenstand eines Kollokationsprozesses (287) bilden kann, steht dem nicht entgegen. Sowohl von der Funktion als auch vom Streitgegenstand her unterscheiden sich Widerspruchs- und Kollokationsverfahren grundlegend: Jenes bezweckt, die Zugehörigkeit eines Vermögenswertes zum Haftungssubstrat festzustellen; dieses greift erst ein, wenn sich herausstellt, dass das vorhandene Betreibungssubstrat nicht ausreicht, um alle Gläubiger zu befriedigen. Die Tatsache, dass sich die beiden Verfahren in Teilbereichen überlappen können, genügt nicht, um sie in eine Stufenfolge im Sinne des Vorgehens des einen vor dem andern zu zwingen. Zurecht stellen sich deshalb das Bundesgericht und der überwiegende Teil der Lehre auf den Standpunkt, dass das Kollokationsverfahren nicht die einzige, sondern nur die letzte Möglichkeit sei, einen Streit

285) vgl. oben § 5 4. und § 6 2.1.; zu erwähnen ist überdies, dass die Legaldefinition von Art. 37 Abs. 2 SchKG Pfandrechte an Forderungen und andern Rechten miterfasst.

286) BGE 65 III 52 ff.; Zobl, syst. Teil N. 673; Fritzsche/Walder S. 386 Rz. 57; Amonn S. 192; Favre S. 204; Jaeger/ Daeniker N. 5 zu Art. 106 SchKG S. 223; Stocker I S. 11; Bürgi S. 51; Schellenberg S. 145.
Der Streit zwischen mehreren nicht an der Betreibung teilnehmenden Pfandansprechern ist dagegen ausserhalb des Widerspruchsverfahrens auszutragen; zum Verfahren bei konkurrierenden Drittansprüchen vgl. BGE 81 III 105 ff.; 102 III 140 ff. E. 3.

287) Art. 157 Abs. 3 in Verbindung mit Art. 148 SchKG; dazu Fritzsche/Walder S. 461 ff. und S. 490 Rz. 45

über die Rangordnung von Pfandrechten auszutragen (288). Falls jedoch ein rechtskräftiger Entscheid aus einem Widerspruchsverfahren vorliegt, fällt eine Neubeurteilung der Frage zwischen denselben Parteien im Rahmen eines Kollokationsprozesses ausser Betracht (289).

Der Pfandansprecher wird mit Vorteil den Weg des Widerspruchsverfahrens wählen, denn im Kollokationsverfahren kann er die Wahrung des Deckungsprinzips nicht mehr durchsetzen, sondern nur noch auf die Verteilung des Erlöses einwirken.

h) Auch wenn sich der Drittansprecher auf ein im öffentlichen Recht wurzelndes dingliches Sicherungsrecht stützt, hat das Betreibungsamt ein Widerspruchsverfahren einzuleiten. Es muss sich dabei nicht mit der Frage auseinandersetzen, ob ein allfälliger Prozess vor dem Zivilrichter, einer Verwaltungsbehörde oder einem Verwaltungsgericht auszutragen wäre (290).

-
- 288) BGE 65 III 54; Zobl, syst. Teil N. 673; Schellenberg S. 145; Favre S. 204; Bürgi S. 51; Oftinger Bär. syst. Teil N. 127; Jaeger N. 4 zu Art. 148 SchKG S. 500; Lenhard S. 85; Fritzsche I S. 335. Widersprüchlich Amonn, der einerseits die Meinung vertritt, die Kollokationsklage sei ausgeschlossen, wenn schon in einem Widerspruchsverfahren Gelegenheit zur Anfechtung bestanden habe (S. 253), während er anderseits im Abschnitt über das Widerspruchsverfahren die oben erwähnte Praxis kommentarlos übernimmt. Derselbe Widerspruch findet sich nunmehr auch bei Fritzsche/Walder S. 481 Rz. 24 (Nebeneinander der beiden Verfahren) und S. 462 Rz. 18 (Vorrang des Widerspruchsverfahrens); dies im Gegensatz zur Voraufgabe des Werkes (Fritzsche I S. 316 und 335).
- 289) Fritzsche I S. 316; Jaeger N. 4 zu Art. 148 SchKG S. 500; Lenhard S. 85
- 290) Fritzsche/Walder S. 388 Rz. 58; Jaeger N. 5 zu Art. 106 SchKG; Lenhard S. 20 f.; Bürgi S. 4; Stocker I S. 6; Bsp. aus der Rechtsprechung BGE 68 III 21 ff. (Zollpfandrecht des Bundes); als weiteres Beispiel sei das Pfandrecht des Bundes an von ihm garantierten Pflichtlagerbeständen nach Art. 14 Abs. 1 des BG über die wirtschaftliche Landesversorgung vom 8. Oktober 1982 (SR 531) erwähnt; Art. 41 dieses Gesetzes bestimmt ausdrücklich, dass die Zivilgerichte zur Beurteilung von Streitigkeiten über dieses Pfandrecht zuständig sind.

i) In der Grundpfandbetreuung erfolgt die Auseinandersetzung um Bestand und Rang von Pfandrechten im Lastenbereinigungsverfahren, bei welchem es sich um nichts anderes als um ein speziell ausgestaltetes Widerspruchsverfahren handelt (291). Ich kann im Rahmen dieser Arbeit seine verfahrensrechtlichen Besonderheiten nicht näher erörtern; auf die Bedeutsamsten sei lediglich kurz hingewiesen:

- Das Lastenbereinigungsverfahren ist von Amtes wegen einzuleiten (292).
- In der Frage der Parteirollenverteilung ersetzt der Grundbucheintrag den Gewahrsam (293).
- Der Kreis der Aktiv- und Passivlegitimierten ist wesentlich weiter als im ordentlichen Widerspruchsverfahren (294).

j) Die Verbreitung von Grundpfandrechten ist sehr gross. Entsprechend wichtig ist das Lastenbereinigungsverfahren. Auch dem "klassischen" Faustpfandrecht kommt im modernen Wirtschaftsleben trotz neuer Formen von Realsicherheiten nach wie vor ein wichtiger Stellenwert zu. Sehr oft

291) Art. 140 Abs. 2 SchKG; Art. 37 ff. VZG; Fritzsche/Walder S. 442 ff.; Amonn S. 239 f.; Blumenstein S. 458 f.; Jaeger N. 12 zu Art. 140 SchKG; Schellenberg S. 145; Lenhard S. 93 ff.; Brand, Verwertung, S. 4 f.; Goetzinger S. 97

Im ordentlichen Widerspruchsverfahren ist dagegen die Frage nach dem Eigentum an der Liegenschaft zu beurteilen; Lenhard S. 95 f.; Art. 10 Abs. 2 VZG

292) Nach Art. 140 Abs. 1 SchKG sind aus dem Grundbuch ersichtliche Lasten von Amtes wegen in das Lastenverzeichnis aufzunehmen; vgl. oben § 2 2.1.2. bei N. 114.

293) Art. 39 Abs. 1 VZG; Fritzsche/Walder S. 443 N. 30; BGE 99 III 12

294) Art. 37 Abs. 1 VZG; im Lastenbereinigungsverfahren können sich danach z.B. auch zwei nicht betreibende Pfandgläubiger über ihre Rangfolge auseinandersetzen. Der Streit zwischen Grundpfandgläubiger und Drittem, dem der Pfandtitel als Faustpfand haftet, ist hingegen ausserhalb des Lastenbereinigungsverfahrens auszutragen; BGE 100 III 61.

enthalten Formularverträge Pfandklauseln. Die Zahl der publizierten Entscheide lässt denn auch auf eine recht grosse praktische Bedeutung des Widerspruchsverfahrens um Pfandrechte schliessen.

Als Beispiel aus der Praxis sei BGE 81 III 54 ff. erwähnt: In der Betreibung gegen G. pfändete das Betreibungsamt verschiedene Einrichtungsgegenstände. Frau G. sprach diese "gemäss Faustpfandvertrag und eingebrachtem Frauengut" zu Eigentum an. Der Gläubiger bestritt die Ansprache. Im anschliessenden Widerspruchsprozess unterlag Frau G.. Hierauf machte sie an denselben Gegenständen ein Faustpfandrecht geltend. Das Betreibungsamt leitete gestützt auf Art. 106 SchKG erneut ein Widerspruchsverfahren ein. Hiegegen richtet sich der Rekurs des Gläubigers. Das Bundesgericht zieht "ernstlich" in Betracht, ob Frau G., indem sie zunächst Eigentum geltend gemacht habe, "implicite darauf verzichtet habe, in der hängigen Betreibung ein Pfandrecht zu beanspruchen", lässt dann aber die Frage offen, da sie sich auf jeden Fall den Vorwurf gefallen lassen müsse, die Pfandansprache arglistig verzögert zu haben. Der Entscheid beleuchtet das interessante Zusammenspiel von Eigentums- und Pfandansprache. Ob er im Resultat richtig ist, wage ich zu bezweifeln, wird doch Frau G., die von Anfang an auch einen Faustpfandvertrag erwähnt hatte, letztlich bei der falschen Verwendung zivilrechtlicher Begriffe behaftet.

2. Andere beschränkte dingliche Rechte

a) Wie die Pfandrechte stehen auch die weiteren im materiellen Recht vorgesehenen beschränkten dinglichen Rechte (295) einer Zwangsvollstreckung zugunsten der Gläubiger des

295) Zu diesem Begriff Rey, syst. Teil N. 20 ff.; Piotet S. 521 ff.; vgl. im übrigen oben 1. N. 232

Eigentümers nicht von vornherein entgegen. Eine Verwertung ist zulässig, soweit sich die Rechte der dinglich Berechtigten dabei wahren lassen (296). Dies beruht auf dem Wesen dieser Rechte, welche einerseits nur eine Teilherrschaftsmacht vermitteln, dieser aber kraft ihrer dinglichen Ausgestaltung eine gegenüber jedermann wirksame Rechtsbeständigkeit verleihen (297).

Das SchKG rechnet die Grundlast den Grundpfandrechten zu (298). Will der Berechtigte die Haftung des Grundstückes in Anspruch nehmen, hat er folglich gleich einem Pfandgläubiger eine Grundpfandbetreibung einzuleiten. Die Berücksichtigung der Grundlast in einer von Seiten eines Dritten angehobenen Betreibung folgt dagegen weitgehend den für Dienstbarkeiten geltenden Regeln (299). Der Uebersicht halber behandle ich im folgenden nur die Dienstbarkeiten (300).

b) Dass der Dienstbarkeitsberechtigte legitimiert ist, seinem Recht nötigenfalls in einem Widerspruchsverfahren

-
- 296) vgl. oben § 5 2.b), ferner Piotet S. 540; Liver S. 17; Leemann N. 1 und 6 zu Art. 745 ZGB
- 297) Zur sogenannten Elastizität des Eigentums vgl. Liver S. 18; Meier-Hayoz, syst. Teil N. 346; Piotet S. 523 f., der das Eigentum bildhaft als Gummiball umschreibt, welchen die beschränkten dinglichen Rechte als Fremdkörper zwar eindrücken, nicht aber spalten.
- 298) Art. 37 Abs. 1 SchKG; Jaeger N. 6 zu Art. 37 SchKG; zur Grundlast vgl. Piotet S. 646 ff.
- 299) Art. 135 Abs. 1 SchKG (Ueberbindungsprinzip); Art. 142 SchKG (Doppelaufwurf); vgl. dazu unten c)
- 300) Im einzelnen fallen in Betracht: Grunddienstbarkeiten (Art. 730 ff. ZGB), Nutzniessung (Art. 745 ff. ZGB), Wohnrecht (Art. 776 ff. ZGB), Baurecht (Art. 779/779a ff. ZGB), Quellenrecht (Art. 780 ff. ZGB) und "andere" Personaldienstbarkeiten (Art. 781 ZGB).
Zum Grundsatz des "numerus clausus" der beschränkten dinglichen Rechte vgl. Meier/Hayoz, syst. Teil N. 77 ff.; Zöhl, syst. Teil N. 291; Piotet S. 540 f.
Zur Problematik rund um die Gültigkeit altrechtlicher Dienstbarkeiten vgl. Bundesgericht in ZBGR 65 (1984) S. 169 ff. Nr. 23 und Nr. 24 (Winterthurer "Barrierli"-Fall)

Nachachtung zu verschaffen, ist heute einhellig anerkannt (301) und bedarf keiner weiteren Erörterungen.

Mit Ausnahme der Nutzniessung, die auch bewegliche Sachen und Rechte erfassen kann, können Dienstbarkeiten nur Grundstücke zum Gegenstand haben. Die Bereinigung entsprechender Drittansprachen erfolgt deshalb in der überwiegenden Zahl aller Fälle im Lastenbereinigungsverfahren (302), während das ordentliche Widerspruchsverfahren nur bei nutznießungsbelastetem beweglichem Vermögen Anwendung finden kann.

Von Gesetzes wegen bestehende Dienstbarkeiten (303) und andere unmittelbare Eigentumsbeschränkungen (304) hat jeder Erwerber gegen sich gelten zu lassen. Hierüber auch noch ein Widerspruchs- bzw. Lastenbereinigungsverfahren durchzuführen, wäre zwecklos, da dieses nur feststellen könnte, was ohnehin gelten würde (305). Eingetragene Legalservituten

-
- 301) Lenhard S. 16 und S. 108; Amonn S. 192; Jaeger N. 5 zu Art. 106 SchKG S. 332; Böschenstein S. 4; Pedrazzini S. 27; BGE 99 III 11; 74 III 65 ff. E. 1. Die Ansicht Blumensteins, ein Widerspruchsverfahren sei abgesehen vom Falle der Nutzniessung nicht notwendig, "da hier eine Verwertung des Gegenstandes zugunsten des pfändenden Gläubigers sehr wohl denkbar" sei (S. 338), ist falsch. Die Möglichkeit der Ueberbindung, wie sie ja auch bei Grundpfandrechten vorgesehen ist, schliesst nicht aus, dass der Bestand des fraglichen Rechtes umstritten ist. Das Widerspruchsverfahren ist deshalb auch in solchen Fällen zur Rechtswahrung notwendig.
- 302) vgl. dazu oben I.i)
- 303) Beispielsweise kantonale Wegrechte, wie sie Art. 695 ZGB ausdrücklich zulässt; dazu Meier-Hayoz N. 4 zu Art. 695; vgl. z.B. § 175 (Tretrecht) und § 176 (Reckweg) des Zürcher Einführungsgesetzes zum ZGB (GS 230).
- 304) Art. 680 ZGB; z.B. das Recht auf Zutritt und Abwehr nach Art. 699/700 ZGB; zur Terminologie Meier-Hayoz N. 3 und 52 ff. zu Art. 680; Liver S. 197 f.; vgl. auch Piotet S. 549 und Leemann, Vorbemerkungen N. 1
- 305) Jaeger N. 5 zu Art. 106 SchKG S. 332 und N. 14 zu Art. 138 SchKG; vgl. auch Amonn S. 241 f. N. 39 und Goetzinger S. 100

(306) sind dagegen den vertraglichen Dienstbarkeiten vollstreckungsrechtlich gleichgestellt. Es ist möglich, ihren Bestand in einem Lastenbereinigungsverfahren zu überprüfen. Der Ersteigerer kann jedoch nicht verhindern, dass der Berechtigte sein Recht auf Einräumung einer entsprechenden Legalsservitut auch ihm gegenüber wieder durchsetzen kann (307).

c) Während die Berücksichtigung von Dienstbarkeiten bei der Grundstücksverwertung im Gesetz einlässlich geregelt ist, fehlen entsprechende Vorschriften für die Verwertung von Fahrnis. Ich behandle deshalb zunächst die Grundstücksverwertung, um anschliessend zu prüfen, inwieweit sich die gefundenen Regeln auf die Fahrnisverwertung übertragen lassen.

aa) Grundlage der Grundstücksverwertung bildet das Lastenverzeichnis, in welches mit Ausnahme der ohne Eintrag bestehenden gesetzlichen Servituten alle Dienstbarkeiten aufzunehmen sind; im Grundbuch Eingetragene von Amtes wegen, die Uebrigen auf Anmeldung des angeblich Berechtigten (308). Gemäss Art. 140 Abs. 2 SchKG, ergänzt durch Art. 37 Abs. 1 und 2 VZG, ist das Lastenverzeichnis den an der Pfändung

306) z.B. Notweg (Art. 694 ZGB) und Notbrunnen (Art. 710 ZGB); vgl. zu diesen mittelbaren Eigentumsbeschränkungen Meier-Hayoz N. 62 zu Art. 680 ZGB; Liver S. 195 und 197 f.

307) Die realobligatorische Pflicht, eine Legalsservitut zu errichten, kann hingegen nie Gegenstand eines Lastenbereinigungsverfahrens sein, da sie von Gesetzes wegen jeden Eigentümer, mithin auch den Ersteigerer des Grundstückes trifft; vgl. hinten 2.2.3. bei N. 332. Bsp.: Wird ein eingetragenes Notwegrecht im Zuge eines Lastenbereinigungsverfahrens gelöscht, kann der Ersteigerer nicht verhindern, dass sich der betroffene Nachbar bei gegebenen Voraussetzungen neuerdings einen Notweg einräumen lässt.

308) Art. 34 Abs. 1 lit. b) VZG; Fritzsche/Walder S. 439 ff., insb. S. 441 N. 11; Amonn S. 237 ff.; Favre S. 231 ff.; Jaeger N. 14 zu Art. 138 und N. 7 zu Art. 140 SchKG; Brand, Verwertung, S. 3; Goetzinger S. 100 ff.; BGE 97 III 100

teilnehmenden Gläubigern, dem Schuldner, den Pfandgläubigern sowie den aus Vormerkungen Berechtigten mitzuteilen. Gleichzeitig ist ihnen eine zehntägige Frist anzusetzen, innert welcher sie die im Verzeichnis aufgeführten Rechte nach Bestand, Umfang, Rang oder Fälligkeit bestreiten können (309). Die Dienstbarkeitsberechtigten sind zwar weder im Gesetz noch in der Verordnung erwähnt, müssen m.E. jedoch gleichwohl ein Lastenverzeichnis erhalten (310). Andernfalls wären sie der Möglichkeit beraubt, ein Lastenbereinigungsverfahren anzustrengen; denn mit der Zustellung ist die Legitimation zur Bestreitung verbunden (311). Der Dienstbarkeitsberechtigte hat immer dann ein schutzwürdiges Interesse an einer Bestreitung, wenn im Lastenverzeichnis ein seinem Recht vorgehendes Pfandrecht aufgeführt ist. Aus Art. 104 Abs. 2 VZG lässt sich nicht etwa folgern, es sei stets Sache des Pfandgläubigers, Klage zu erheben, weshalb sich der Dienstbarkeitsberechtigte vorerst abwartend verhalten könne. Diese Bestimmung regelt das einzuschlagende Verfahren einzig für den Fall, dass sich das Betreibungsamt bei der Aufstellung des Lastenverzeichnisses ausserstande sieht, das Rangverhältnis der fraglichen Rechte zu ermitteln (312). Wo dies aber anhand des Grundbuchauszuges und der Anmeldungen möglich ist, greift das ordentliche Bestreitungsverfahren Platz. Dieses muss auch dem Dienstbarkeitsberechtigten offenstehen. Wem in der Folge die Klägerrolle zufällt, bestimmt sich nach dem Grundbucheintrag (313).

-
- 309) Amonn S. 239 N. 27; Brand, Verwertung, S. 3; die Mitteilung erfolgt auf Form. VZG Nr. 9; ZR 69 (1970) Nr. 117 S. 319 ff. E. 1
- 310) gl.M. Goetzinger S. 105, Holliger S. 1 und Favre S. 233
- 311) Art. 37 Abs. 2 VZG; Holliger S. 2; Art. 140 VE SchKG spricht von "Berechtigten", erfasst mithin auch Dienstbarkeitsberechtigte
- 312) BGE 59 III 70 ff.; Jaeger/Daeniker N. 13 zu Art. 141 SchKG
- 313) Art. 39 Abs. 1 VZG ; falls sich der Vorrang des Pfandrechtes aus dem Grundbuch ergibt, hat der Dienstbarkeitsberechtigte zu klagen.

Auf der Basis des bereinigten Lastenverzeichnisses ist das Grundstück zu versteigern. Die danach zurecht bestehenden Dienstbarkeiten sind dem Erwerber zu überbinden (314). Auf diese Weise lassen sich die Rechte der Dienstbarkeitsberechtigten umfassend wahren. Eines zusätzlichen Schutzes, wie ihn das in Art. 126 SchKG verankerte Deckungsprinzip den Pfandgläubigern gewährt, bedürfen sie nicht. Anders als bei Pfandrechten ist der Wert zu überbindender Dienstbarkeiten nicht auf den Zuschlagspreis anzurechnen (315). Erfolgt ein Angebot, ist damit gleichzeitig garantiert, dass sich die Last überbinden lässt. Den Wert der Dienstbarkeit zu bemessen, bleibt mit andern Worten dem Kräftespiel von Angebot und Nachfrage überlassen (316). Ein allfälliger im Grundbuch eingetragener Gesamtwert der Dienstbarkeit hat hierauf keinen Einfluss (317).

Gemäss Art. 812 Abs. 1 ZGB kann der Eigentümer sein Grundstück ohne Zustimmung vorgehender Pfandgläubiger mit

-
- 314) Art. 135 Abs. 1 SchKG; Art. 45 Abs. 1 lit. a) VZG; Jaeger und Jaeger/Daeniker N. 2 zu Art. 135 SchKG; Fritzsche/Walder S. 439 Rz. 7; Amonn S. 237 N. 17; Favre S. 235 f.; Brand, Verwertung, S. 5; Goetzinger S. 108; Holliger S. 13 ff..

Nicht im Lastenverzeichnis enthaltene Dienstbarkeiten gehen dem gutgläubigen Erwerber gegenüber unter; vgl. oben § 5 3. N. 35. Hievon ausgenommen sind die gesetzlichen sowie jene altrechtlichen Dienstbarkeiten, die ohne Grundbucheintrag gültig sind; Art. 29 Abs. 3 VZG.

- 315) Ein Grundsatz, der offenbar so selbstverständlich ist, dass er nirgends erwähnt ist; vgl. zum Pfandrecht oben 1. bei N. 246

- 316) vgl. Goetzinger S. 108; vgl. auch Amonn, Zwangsverwertung, S. 44 für die entsprechende Frage bei einem vorgemerkten Kaufsrecht. Bsp.: Eine zu versteigernde Parzelle von 1000 m² Bauland im Werte von Fr. 200'000.-- (ohne Belastung) sei mit einer noch zehn Jahre in Kraft bleibenden Bauverbotsservitut belastet. Der Wert für vergleichbares unüberbaubares Land betrage Fr. 7.-- pro m². Den Bietern bleibt es anheimgestellt, ihr Angebot sowohl der Belastung als auch der Bauerwartung anzupassen. Der Zuschlag wird irgendwo zwischen Fr. 7'000.-- und Fr. 200'000.-- erfolgen.

- 317) zu dieser Möglichkeit vgl. Art. 37 Abs. 2 der Grundbuchverordnung vom 22. Februar 1910 (SR 211.432.1).

Dienstbarkeiten belasten. Eine gegenteilige Vereinbarung ist unwirksam (318). Die Rangordnung bestimmt sich nach dem Grundsatz der Alterspriorität (319). Um eine Beeinträchtigung der Rechte der vorgehenden Pfandgläubiger zu verhindern, sieht das Gesetz den sogenannten Doppelaufruf vor (320). Danach kann der Pfandgläubiger -- gegebenenfalls nachdem sein Vorrang im Lastenbereinigungsverfahren festgestellt worden ist (321) -- den Aufruf sowohl mit als auch ohne Last verlangen. Reicht das Angebot für das Grundstück mit der Last nicht aus und erhält er ohne sie bessere Deckung, ist er berechtigt die Löschung der Dienstbarkeit zu verlangen. Ein allfälliger Ueberschuss ist dem Dienstbarkeitsberechtigten bis zur Höhe des Wertes der Last als Entschädigung zuzuweisen (322). Das System des Doppelaufrufs (323) gewährleistet auf einfache Weise eine bestmögliche Wahrung der Interessen sowohl der Pfandgläubiger als auch der Dienstbarkeitsberechtigten. Anzumerken bleibt, dass eine Kollision von Pfandrechten und Dienstbarkeiten nur in der Betreibung auf Pfandverwertung aktuell werden kann. In der Betreibung auf Pfändung ist sie zufolge des Deckungsprinzips ausgeschlossen (324).

-
- 318) Leemann N. 2 zu Art. 812 ZGB; Piotet S. 527 f.; Fritzsche/Walder S. 448 f. Rz. 31
- 319) Rey, syst. Teil N. 248, 252 und 254 ff.; Liver, zit. § 1 N. 75, Einleitung N. 37; Piotet S. 528 ff.; vgl. auch BGE 41 III 19 ff.
- 320) Art. 812 Abs. 2 ZGB; Art. 142 SchKG; Art. 56 in Verbindung mit Art. 104 VZG; Fritzsche/Walder S. 448 f.; Amonn S. 244 f. N. 53; ders., Zwangsverwertung, S. 44 f.; Brand, Verwertung, S. 9; Leemann N. 25 ff. zu Art. 812 ZGB; Jaeger N. 12 ff. zu Art. 141 SchKG; Goetzinger S. 108; Holliger S. 6; Fehlmann S. 131 f.; BGE 81 III 61 ff. E. 1; 59 III 70 ff.
- 321) Jaeger N. 12 zu Art. 141 SchKG
- 322) Art. 116 Abs. 1 VZG. Ein Streit über die Höhe der Entschädigung ist im Kollokationsverfahren auszutragen; Art. 116 Abs. 2 VZG; Jaeger N. 16 zu Art. 141 SchKG.
- 323) Zu weiteren Fällen, in denen ein Doppelaufruf stattzufinden hat, vgl. Art. 42 und Art. 57 VZG.
- 324) Der Zuschlag kann hier nur bei voller Wahrung der Rechte aller dinglich Berechtigten erfolgen; vgl. Jaeger N. 12 zu Art. 141 SchKG; Leemann N. 26 zu Art. 812 ZGB. Daraus erklärt sich, weshalb sich die einschlägige Vorschrift der VZG (Art. 104) im Abschnitt über die Pfandverwertung findet.

Der Rangfolge mehrerer Dienstbarkeiten kommt in der Zwangsvollstreckung keine Bedeutung zu. Dienstbarkeiten sind ungeachtet ihres Ranges zu überbinden. Aus diesem Grund sind Servitutsberechtigte nicht legitimiert, den Rang anderer Dienstbarkeiten im Lastenbereinigungsverfahren zu bestreiten (325).

bb) Wie erwähnt, enthält das SchKG keine Vorschriften, wie die Rechte des Nutzniessers bei der Verwertung von Fahrnis zu berücksichtigen sind. In erster Linie stellt sich hier die Frage, ob der betreffende Gegenstand mitsamt der Last zu versteigern oder ob die Nutzniessung in irgend einer Weise zu liquidieren ist. Art. 129 Abs. 1 SchKG bestimmt lakonisch: "Die Versteigerung geschieht gegen Barzahlung." Hieraus könnte man folgern, eine Ueberbindung falle von vornherein ausser Betracht (326). Eine Liquidation der Nutzniessung wäre, wenn auch mit erheblichen Schwierigkeiten verbunden, durchführbar. Der Nutzniessungsertrag wäre entsprechend der Dauer der Belastung zu kapitalisieren. Diese Summe wäre dem Berechtigten vorweg zuzuweisen. Um die dingliche Rechtsposition des Nutzniessers zu garantieren, dürfte der Zuschlag nur erfolgen, wenn das Meistgebot den so bestimmten Kapitalwert der Nutzniessung überstiege.

M.E. wäre ein derartiges Vorgehen aber nicht nur unzweckmässig, sondern widerspräche auch dem Charakter der Nutzniessung. Diese soll dem Berechtigten nicht lediglich einen bestimmten Vermögenswert sichern, sondern vielmehr eine auf die Dauer ausgerichtete Nutzung eines bestimmten Objektes oder Vermögens ermöglichen. Eine Liquidation würde

325) Denkbar wäre, dass mehrere Dienstbarkeiten zufolge eines doppelten Aufrufs zu löschen wären; dann könnte die Rangfolge Gegenstand eines den Ueberschuss betreffenden Kollokationsverfahrens bilden.

326) so für das Fahrnispfandrecht Zobl, syst. Teil N. 689

deshalb die Rechtslage des Nutzniessers trotz vollem wirtschaftlichem Ausgleich empfindlich beeinträchtigen. Aus diesen Gründen erscheint es mir geboten, gepfändete Nutzniessungsobjekte mitsamt der Last zu versteigern. Allein das Ueberbindungsprinzip verträgt sich mit der materiellen Rechtslage (327).

Das Gesetz sieht für bewegliche Sachen die Möglichkeit eines Doppelaufrufs nicht vor, was nach Piotet (328) eine Lücke zu sein scheint. Aktualisieren wird sich die Frage, wenn ein vorgehender Faustpfandgläubiger einen unter Nutzniessung stehenden Gegenstand verwerten lässt. Es müsste in einem solchen Fall wohl ein Doppelaufruf stattfinden (329).

d) Die Anzahl publizierter Entscheide zeigt, dass Dienstbarkeitsansprachen, wenn überhaupt, nur im Lastenbereinigungsverfahren von praktischer Bedeutung sind. Anstelle der Wiedergabe eines Entscheides sei auf das im Abschnitt über die Realobligationen zusammengefasste, auch im vorliegenden Zusammenhang illustrative Bundesgerichtsurteil verwiesen (330).

327) so auch Leemann N. 6 zu Art. 745 ZGB. Eine Kollision zwischen gesetzlicher Nutzniessung und Rechten der Erbschaftsgläubiger ist aufgrund der Sonderbestimmung von Art. 561 Abs. 2 ZGB ausgeschlossen; vgl. Tuor Peter / Piconi Vito, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Der Erbgang, Bern 1959/64, N. 4 zu Art. 561 ZGB; Leemann N. 6 zu Art. 745 ZGB

328) S. 527

329) Die Frage ist in den Standardwerken der SchKG-Literatur nicht erwähnt, was auf eine äusserst geringe praktische Bedeutung schliessen lässt.

330) vgl. unten 3.

3. Realobligationen

a) Die sie kennzeichnende Verknüpfung von dinglicher Berechtigung und obligatorischer Verpflichtung verleiht den Realobligationen eine auch in der Zwangsvollstreckung zu beachtende Rechtsbeständigkeit (331). Auf die zahlreichen im Sachenrecht vorgesehenen gesetzlichen Realobligationen brauche ich nicht näher einzugehen. Derartige, dem dinglich Berechtigten unmittelbar durch das Gesetz auferlegte Pflichten lassen sich nicht bestreiten und können folglich auch nie Gegenstand eines Widerspruchs- bzw. Lastenbereinigungsverfahrens sein (332). Was die rechtsgeschäftlichen Realobligationen anbelangt, kann ich mich auf die Erörterung der vorgemerkten persönlichen Rechte (333) beschränken. Grundlast und Dienstbarkeiten, die ebenfalls realobligatorische Elemente aufweisen bzw. aufweisen können, habe ich bereits behandelt (334). Andere zuweilen den rechtsgeschäftlichen Realobligationen zugerechnete Rechtsverhältnisse wie beispielsweise die Verwaltungsordnung der Stockwerkeigentümer bleiben in der Zwangsvollstreckung ohne Bedeutung, da sie sich nicht als Belastung des betroffenen Objektes auswirken

-
- 331) BGE 104 II 170 ff. E. 5; 102 III 20 ff.; Amonn, Zwangsverwertung, S. 41; zum Begriff der Realobligation vgl. Liver S. 21 f.; ders., zit. § 1 N. 75, Einleitung N. 148 ff.; Meier-Hayoz, syst. Teil N. 267 ff., insb. N. 272; Piotet Paul, L'annotation au registre foncier d'une créance pécuniaire et la nature des restrictions au droit d'aliéner, in ZBGR 61 (1980) S. 257 ff.
- 332) Jaeger N. 5 zu Art. 106 SchKG; Böschenstein S. 4; zu den gesetzlichen Realobligationen vgl. Meier-Hayoz, syst. Teil N. 277/8 mit zahlreichen Beispielen und Verweisen; Liver S. 21; vgl. auch oben § 5 2. bei N. 17 und § 7 2. bei N. 305
- 333) Art. 959 Abs. 1 ZGB; Meier-Hayoz, syst. Teil N. 279; Liver S. 21; Fritzsche/Walder S. 441 N. 21
- 334) oben 2.; zur realobligatorischen Natur der mit der Grundlast immer, mit den Dienstbarkeiten möglicherweise verbundenen persönlichen Leistungspflicht vgl. Meier-Hayoz, syst. Teil N. 279 am Anfang; Liver S. 21 f.

können (335).

Realobligatorischen Charakter weisen auch die nach Art. 960 ZGB vorgemerkten Verfügungsbeschränkungen auf. Wie das Bundesgericht in Uebereinstimmung mit der herrschenden Lehre nunmehr klaggestellt hat, verleiht die Vormerkung dem durch sie sichergestellten obligatorischen Anspruch Rechtsbeständigkeit nicht nur gegenüber später durch Rechtsgeschäft begründeten Rechten, sondern auch gegenüber nachträglich wirksam gewordenen Beschlagsrechten im Rahmen einer Zwangsvollstreckung. Vorgemerkte Verfügungsbeschränkungen entsprechen insofern in jeder Hinsicht den nach Art. 959 ZGB vorgemerkten persönlichen Rechten (336).

b) Wie sich aus zahlreichen Vorschriften der VZG ergibt (337), sind vorgemerkte persönliche Rechte (338) bei der

-
- 335) vgl. zu dieser Art von Realobligationen, die den Statuten einer Körperschaft weit ähnlicher sind als einer Dienstbarkeit, Meier-Hayoz, syst. Teil N. 283/4
- 336) BGE 104 II 170 ff. E. 5 mit Hinweisen; Homberger Arthur, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Besitz und Grundbuch, Zürich 1938, N. 21/2 zu Art. 960 ZGB; Guldener S. 580 N. 30; anders noch BGE 72 III 6 ff., wo immerhin schon angedeutet ist, dass über die Frage, ob eine Verfügungsbeschränkung einer Verwertung entgegenstehe, wenn überhaupt, dann nur im Widerspruchsverfahren zu befinden wäre.
- 337) Art. 30 Abs. 2 (Spezialanzeige), Art. 37 Abs. 1 und Art. 73d (Mitteilung des Lastenverzeichnisses), Art. 51 Abs. 1 (Ueberbindungsprinzip), Art. 60a (Ausübung gewisser gesetzlicher Vorkaufsrechte bei der Versteigerung), Art. 68 Abs. 1 lit. b) (Löschung nicht überbundener vorgemerakter Rechte), Art. 104 Abs. 1 VZG (Doppelaufwurf).
- 338) In Betracht fallen Vorkaufsrecht (Art. 681 ZGB, Art. 216 Abs. 3 OR), Kaufs- und Rückkaufsrecht (Art. 683 ZGB, Art. 216 Abs. 2 OR), Miet- (Art. 260 OR) und Pachtverträge (Art. 282 OR), Vereinbarungen über das Nachrücken von Pfandgläubigern (Art. 814 Abs. 3 ZGB), Rückfallsrecht des Schenkers (Art. 247 Abs. 2 OR), Vereinbarungen über die Abänderung des Gewinnanspruchs im bäuerlichen Erbrecht sowie über die Gewinnbeteiligung für nicht landwirtschaftliche Grundstücke (Art. 619sexies Abs. 2 ZGB), Anspruch der Genossenschaft auf Beitritt des Erwerbers eines Grundstückes (Art. 850 Abs. 3 OR); ferner die nach Art. 960 ZGB vorgemerkten Verfügungsbeschränkungen.

Zwangsverwertung des betroffenen Grundstückes in gleicher Weise zu berücksichtigen wie Dienstbarkeiten: Sie sind ins Lastenverzeichnis aufzunehmen (339), können Gegenstand eines Lastenbereinigungsverfahrens sein (340) und sind, falls sie anerkannt oder gerichtlich festgestellt sind, dem Ersteigerer zu überbinden (341). Ferner können die Pfandgläubiger hinsichtlich später begründeter vorgemerkter Rechte den Doppelaufwurf verlangen (342). Für Einzelheiten kann ich auf meine Ausführungen zu den Dienstbarkeiten verweisen (343).

c) Eine den vorgemerkten Rechten vergleichbare Wirkung kommt den im Patentregister eingetragenen Lizenzen zu (344).

d) Art. 51 Abs. 1 VZG stellt klar, dass die Zwangsver-

-
- 339) Die vorgemerkten Rechte fallen unter den Begriff der "sonstigen Rechte" im Sinne von Art. 34 Abs. 1 lit. b) VZG; Fritzsche/Walder S. 441 Rz. 11; Jaeger N. 2 zu Art. 135 SchKG; Goetzinger S. 99; Fehlmann S. 119 f.; Homberger Arthur / Marti Hans, Grundeigentum VIII, Vorkaufsrecht, SJK 431, S. 7; zum Kaufsrecht vgl. BGE 103 III 108 ff. E. 2.b), 102 III 20 ff.
- 340) Art. 37 Abs. 1 und 2 VZG; zur Anwendbarkeit des Widerspruchs-, d.h. genauer des Lastenbereinigungsverfahrens auf vorgemerkte Rechte vgl. Fritzsche/Walder S. 441 ff.; Amonn S. 192; Jaeger N. 5 zu Art. 106 SchKG S. 332; Favre S. 204; Böschenstein S. 4; Lenhard S. 19
- 341) Art. 45 Abs. 1 lit. a) und Art. 51 Abs. 2 VZG; Jaeger N. 2 zu Art. 135 SchKG; Meier-Hayoz N. 310 zu Art. 681 ZGB; Brand, Verwertung, S. 7; ZR 46 (1947) Nr. 12 S. 31 f.; Amonn, Zwangsverwertung, S. 41 f. und S. 44; a.M. Jäggi Peter, Ueber das vertragliche Vorkaufsrecht, in ZBGR 39 (1958) S. 65 ff. S. 74
- 342) Art. 104 Abs. 1 VZG; Fritzsche/Walder S. 449 Rz. 34 mit Verweisen; Jaeger/Daeniker N. 3 zu Art. 141 SchKG; Goetzinger S. 108; Meier-Hayoz N. 310 zu Art. 681 ZGB; Fehlmann S. 132; Brand S. 12; BGE 81 III 61 ff. E. 1 Umgekehrt kann auch der aus einer Vormerkung Berechtigte bezüglich nachträglich errichteter beschränkter dinglicher oder realobligatorischer Rechte den Doppelaufwurf verlangen; vgl. Piotet, zit. N. 331, S. 264
- 343) oben 2.
- 344) dazu oben § 6 3. bei N. 141

wertung grundsätzlich keinen Vorkaufsfall darstellt (345). Soweit das Vorkaufsrecht im Grundbuch vorgemerkt ist, erleidet der Berechtigte dadurch keine Nachteile, da er sein Recht unter den entsprechenden Voraussetzungen auch gegenüber dem Erwerber ausüben kann (346). Nicht vorgemerkte Vorkaufsrechte sowie das Vorkaufsrecht nach Art. 6 EGG hingegen gehen mit erfolgtem Zuschlag unter (347).

Eine Sonderregelung gilt bezüglich der in Art. 682 ZGB umschriebenen gesetzlichen Vorkaufsrechte der Miteigentümer und der an einem Baurechtsverhältnis beteiligten Parteien (348). Diese Vorkaufsrechte können die Berechtigten anlässlich der Steigerung ausüben (349). Sie können damit aber auch zuwarten, da die Nichtausübung, solange das Miteigentums- bzw. Baurechtsverhältnis andauert, keinen Rechtsverlust nach sich zieht (350).

-
- 345) Amonn, Zwangsverwertung, S. 42. Hingegen ist die Ausübung von Kaufs- und Rückkaufsrecht während der Zwangsvollstreckung möglich; Meier-Hayoz N. 60 zu Art. 683 ZGB; Homberger Arthur / Marti Hans, Grundeigentum IX, Kaufsrecht, Rückkaufsrecht, SJK 432. S. 3 f.
- 346) Vorbehalten bleibt der Fall, dass das Vorkaufsrecht im Anschluss an einen Doppelauftrag zu löschen ist; Art. 51 Abs. 2 VZG; Meier-Hayoz N. 298 und 310 zu Art. 681 ZGB
- 347) Eine Ueberbindung nicht vorgemerkter Vorkaufsrechte fällt zufolge ihres rein obligatorischen Charakters ausser Betracht; vgl. Meier-Hayoz N. 296/7 zu Art. 681 ZGB; Bundesgericht in ZBGR 43 (1962) Nr. 17 S. 109 ff. E. 3. Beim bürgerlichen Vorkaufsrecht lässt sich diese Rechtsfolge aus Art. 6 Abs. 1 und Abs. 3 lit. c) EGG herleiten; a.M. Amonn, Zwangsverwertung, S. 42. Hat der Berechtigte das Vorkaufsrecht nach Art. 6 EGG indessen bereits vor der Zwangsvollstreckung ausgeübt, kann er es auch gegen einen späteren Erwerber des Grundstückes durchsetzen; BGE 97 II 278 ff. E. 3, 98 III 53 ff. E. 3.
- 348) Einzelheiten dazu bei Meier-Hayoz N. 1 ff. zu Art. 682 ZGB; Liver S. 212
- 349) Art. 51 Abs. 1 und Art. 60a Abs. 1 VZG; Meier-Hayoz N. 60 zu Art. 682 ZGB; Liver S. 212
- 350) Meier-Hayoz N. 87 zu Art. 682

e) Der Zahl publizierter Entscheide nach zu schliessen, kommen auf vorgemerkte persönliche Rechte gestützte Drittansprachen recht häufig vor.

Als Beispiel aus der bundesgerichtlichen Rechtsprechung sei BGE 81 III 61 ff. angeführt: An der mit Hypotheken von insgesamt Fr. 16'000.-- belasteten Liegenschaft des verstorbenen P. stand Sch. ein später begründetes vorgemerktes Kaufsrecht zum Preis von Fr. 20'995.-- zu. Im Rahmen der gegen die Verlassenschaft P.'s geführten Grundpfandbetreibung versteigerte das Betreibungsamt die fragliche Liegenschaft. In den Steigerungsbedingungen war ein Doppelauf Ruf angekündigt. Beim Aufruf mit Last bot Sch. Fr. 20'995.--. Gleichwohl nahm das Amt einen zweiten Aufruf, nunmehr ohne Last, vor. Das Ehepaar B. bot Fr. 23'500.-- und erhielt den Zuschlag. Auf Beschwerde Sch.'s hob die kantonale Aufsichtsbehörde den Zuschlag auf. Hiegegen richtet sich der Rekurs der Eheleute B.. Das Bundesgericht hält zunächst fest, dass nach Art. 104 VZG -- "zweifellos dem Sinn von" Art. 142 SchKG "entsprechend -- die im Grundbuch vorgemerkten persönlichen Rechte ebenfalls der für Dienstbarkeiten und Grundlasten entsprechenden Regelung unterworfen" seien. Es weist sodann darauf hin, dass das Betreibungsamt in verschiedener Hinsicht gegen die massgeblichen Gesetzesvorschriften verstossen habe; namentlich habe es den Doppelauf Ruf ohne entsprechendes Begehren der Pfandgläubiger durchgeführt und überdies habe es das Grundstück trotz eines genügenden Angebots im ersten Aufruf ein zweites Mal aufgerufen. Schliesslich verwirft das Bundesgericht den Einwand der Rekurrenten, Sch. hätte bereits gegen die Steigerungsbedingungen Beschwerde führen müssen: Da sich Sch. auf eine ordnungsgemässe Durchführung des Doppelauf Rufs habe verlassen dürfen, habe er keinen Anlass gehabt, bereits die Steigerungsbedingungen anzufechten. Aus all diesen Gründen weist das Bundesgericht den Rekurs ab.

§ 8 Sonderfälle

1. Gemeinschaftliches Eigentum (351)

a) Das ZGB kennt zwei Arten gemeinschaftlichen Eigentums (352): Miteigentum, zu welchem auch das wirtschaftlich besonders wichtige Stockwerkeigentum zählt (353), und Gesamteigentum. Gemeinsames Merkmal ist die Mehrheit von Eigentümern (354). Unterscheidungskriterien bilden einerseits das Verhältnis der Eigentümer zueinander, anderseits deren rechtliche Beziehung zur Sache (355).

- Miteigentum charakterisiert sich durch seine weitgehende Verselbständigung im Rechtsverkehr, welche sich insbesondere darin äussert, dass jeder Miteigentümer über seinen Anteil frei verfügen kann. Eines besonderen Gemeinschaftsverhältnisses der Beteiligten ist zu seiner Begründung nicht erforderlich (356).

- Gesamteigentum kann demgegenüber nur im Rahmen eines

-
- 351) Aus Gründen der Uebersichtlichkeit spreche ich im folgenden nur von gemeinschaftlichem Eigentum; die Ausführungen gelten sinngemäss für andere Rechtsgemeinschaften.
- 352) zu diesem Begriff Meier-Hayoz, Vorbemerkungen zu den Art. 646 - 654 ZGB, N. 11; Liver S. 48 ff.; Tuor/Schnyder S. 564 ff.
- 353) Art. 712a Abs. 1 ZGB; Meier-Hayoz, Vorbemerkungen zu den Art. 646 - 654 ZGB, N. 33 ff.; Liver S. 89; Tuor/Schnyder S. 591
- 354) Meier-Hayoz, Vorbemerkungen zu den Art. 646 - 654 ZGB, N. 10; N. 3 zu Art. 646 und N. 19 zu Art. 652 ZGB; Liver S. 52 und 109; Tuor/Schnyder S. 565
- 355) vgl. Meier-Hayoz, Vorbemerkungen zu den Art. 646 - 654 ZGB, N. 11
- 356) Art. 646 Abs. 3 ZGB; Meier-Hayoz N. 1, N. 15 ff. und N. 54 ff. zu Art. 646 ZGB mit zahlreichen Verweisen; Bisang S. 19 f.; Liver S. 53 f. und S. 60 f.; Tuor/Schnyder S. 565 ff.

Gesamthandsverhältnisses entstehen (357). Solange die Gemeinschaft andauert, können die Beteiligten ihre Rechte an der Sache nur gemeinsam ausüben. Jede Verfügung eines Einzelnen über seinen "Anteil" mit der Wirkung, dass an seiner Stelle der Erwerber Gesamteigentümer werde, ist ohne Einwilligung der übrigen Beteiligten ausgeschlossen (358). Immerhin können den Gesamteigentümern auch gewisse individuelle Vermögensrechte zustehen, beispielsweise Zinsforderungen bei Personengesellschaften und namentlich der dem Einzelnen im Falle der Auflösung der Gemeinschaft zufallende Liquidationsanteil. Ueber diese Ansprüche kann grundsätzlich jeder Gesamteigentümer frei verfügen (359).

b) Die unterschiedliche Konzeption von Mit- und Gesamteigentum äussert sich notwendigerweise auch in der Zwangsvollstreckung:

- Als selbständiges Rechtsobjekt unterliegt der Miteigentumsanteil dem direkten Zugriff der Gläubiger des Miteigentümers (360). Für Pfändung und Verwertung gelten im wesentlichen die allgemeinen Regeln (361). Hier nicht näher zu erörternde Sondervorschriften sind bei der Verwertung von Miteigentumsanteilen an Grundstücken, die als Ganzes pfand-

-
- 357) Art. 652 ZGB; Meier-Hayoz N. 1 ff. und N. 23 zu Art. 652 ZGB; Liver S. 108; Bisang S. 22; Tuor/Schnyder S. 564; derartige Gesamthandschaften sind beispielsweise die Erbengemeinschaft und die einfache Gesellschaft. Vgl. im einzelnen Bisang S. 12 ff. und Meier-Hayoz N. 24 ff. zu Art. 652 ZGB.
- 358) Art. 653 Abs. 3 ZGB; Meier-Hayoz N. 4 zu Art. 652 und N. 16 zu Art. 653 ZGB; Bisang S. 20 f.; Liver S. 114; Tuor/Schnyder S. 565
- 359) Ausführlich dazu Bisang S. 25 ff; Meier-Hayoz N. 17 zu Art. 653 ZGB; Tuor/Schnyder S. 566
- 360) Art. 646 Abs. 3 ZGB; Meier-Hayoz N. 78 zu 646 ZGB; Liver S. 60; Fehlmann S. 93 ff.
- 361) Meier-Hayoz N. 81 ff. zu Art. 646 ZGB; Fehlmann S. 94/95

belastet sind, zu beachten (362). Dank der Möglichkeit, die Anteile einzeln zu verwerten, lassen sich die Rechte der nicht betriebenen Teilhaber ohne Probleme wahren. Diese stehen nach erfolgter Verwertung nicht besser und nicht schlechter da, als wenn der Betriebene seinen Anteil selbst veräussert hätte.

- Anders bei Gesamteigentum: Getreu dem Grundsatz, dass die Zwangsverwertung nur erfassen kann, worüber der Betriebene auch rechtsgeschäftlich hätte verfügen können (363), lassen sich in der gegen den Gesamteigentümer gerichteten Betreibung nur die oben umschriebenen individualisierbaren Vermögensrechte pfänden, nebst gewissen periodischen Forderungen namentlich also der Anteil am Nettoergebnis der Liquidation. Eine Verwertung des Gesamteigentums-"Anteils" als solchen ist ausgeschlossen (364). Das einzuschlagende Verfahren ist in der VVAG einlässlich geregelt (365). Um die Interessen aller Beteiligten so gut als möglich zu wahren, haben die zuständigen Behörden wie folgt zu verfahren: Zunächst ist eine gütliche Einigung anzustreben. Sowohl Be-

362) vgl. Art. 23 - 23d; 73 - 73i, 78a und 106a VZG; dazu Meier-Hayoz N. 84 ff. zu Art. 646 ZGB; Fehlmann S. 95/6; Fritzsche/Walder S. 454 f.; Raschein Rolf, Die Zwangsverwertung von Grundstücken unter besonderer Berücksichtigung der VZG-Revision vom 4. Dezember 1975; in BlSchK 43 (1979) S. 33 ff./65 ff., S. 67 ff.; vgl. ferner Bericht und Antrag der Schuldbetreibungs- und Konkurskammer an das Plenum des Bundesgerichts vom 18. September 1975, in BlSchK 40 (1976) S. 33 ff.

363) vgl. § 5 2.b) nach N. 9

364) Art. 1 Abs. 1 und 3 VVAG; Meier-Hayoz N. 88 zu Art. 652 und N. 23 zu Art. 653 ZGB; Bisang S. 72 f.; Fritzsche/Walder S. 304; Amonn S. 232 f.; Fehlmann S. 96 f. Ausnahmsweise erlaubt das Gesetz den direkten Zugriff auf Gesamtvermögen; abgesehen vom Sonderfall der Gütergemeinschaft namentlich dann, wenn der Gemeinschaft passive Betreibungsfähigkeit zukommt; Meier-Hayoz N. 85/7 zu Art. 652 ZGB; Bisang S. 82

365) Art. 8 ff. VVAG; dazu Bisang S. 69 ff.; Meier-Hayoz N. 23 ff. zu Art. 653 ZGB; Fritzsche/Walder S. 430 ff.; Amonn S. 232 f.; Bsp. aus der Rechtsprechung BGE 110 III 46 ff.; 105 III 56 ff. (Verwertung eines Erbanteils); 93 III 116 ff. (einfache Gesellschaft)

treibungsamt als auch Aufsichtsbehörde können Einigungsverhandlungen durchführen (366). Falls diese scheitern, hat die Aufsichtsbehörde unter möglichster Berücksichtigung der Ansprüche der Beteiligten zu entscheiden, ob das Anteilsrecht als solches zu versteigern oder die Gemeinschaft zu liquidieren sei. Um der Gefahr einer Vermögensverschleuderung vorzubeugen, ist im Regelfall die Liquidation der Gemeinschaft vorzuziehen (367).

Bei Gesamteigentum kann eine gegen einen Einzelnen gerichtete Betreibung die übrigen Teilhaber ungleich stärker treffen als bei Miteigentum. Die Zwangsvollstreckung gefährdet regelmässig das Weiterbestehen der Gemeinschaft. Die der Aufsichtsbehörde eingeräumte Befugnis, deren Liquidation anzuordnen, stellt einen erheblichen Eingriff in das materielle Recht dar. Dass sich die Rechte der Gesamteigentümer in der Zwangsvollstreckung nicht besser wahren lassen, wurzelt indessen letztlich in der Konzeption dieser Eigentumsart selbst: Die streng personalistisch ausgestalteten Gesamthandschaften lassen sich nur aufrecht erhalten, solange alle Teilhaber zahlungsfähig sind (368). Die in der VVAG getroffene Lösung stellt in diesem Sinne einen gelungenen Kom-

366) Art. 9 und 10 Abs. 1 VVAG; Bisang S. 156 ff.; Meier-Hayoz N. 27 zu 653 ZGB; Amonn S. 233 N. 56/7; Fritzsche/Walder S. 431 Rz. 31

367) Art. 10 VVAG; Einzelheiten dazu bei Bisang S. 172 ff.; Fritzsche/Walder S. 432 ff.; Meier-Hayoz N. 27 zu Art. 653 ZGB; BGE 96 III 10 ff., insb. E. 3.

Gemäss Art. 11 Abs. 2 VVAG ist dem Ersteigerer eines Liquidationsanteils zu bescheinigen, dass die Ansprüche des Schuldners auf Teilung der Gemeinschaft und Zuweisung des Liquidationserlöses auf ihn übergegangen sind; selbstverständlich nur im Rahmen der für die betreffende Gemeinschaft geltenden Normen. Auch in diesem Fall wird die Zwangsverwertung mithin über kurz oder lang zu einer Liquidation der Gemeinschaft führen.

368) so ausdrücklich für die einfache Gesellschaft Art. 545 Abs. 1 Ziff. 3 OR; vgl. ferner Meier-Hayoz Arthur / Forstmoser Peter, Grundriss des schweizerischen Gesellschaftsrechts, 2. Aufl., Bern 1976, S. 91

promiss zwischen den Interessen der Gläubiger an einem möglichst hohen Verwertungserlös und jenen der nicht betriebenen Gesamteigentümer an einer bestmöglichen Wahrung ihrer Rechtsstellung dar.

c) Ist im Rahmen einer Betreibung strittig, ob Miteigentum oder Gesamteigentum vorliege, ist hierüber nach feststehender Lehre und Rechtsprechung ein Widerspruchsverfahren durchzuführen (369). Angesichts der völlig verschiedenen Verwertungsmodalitäten versteht es sich von selbst, dass die nicht betriebenen Mit- oder Gesamteigentümer die Möglichkeit haben müssen, in der laufenden Betreibung zu intervenieren, um die Berücksichtigung ihres Rechtes und damit indirekt das einzuschlagende Verfahren durchzusetzen (370). Darüber hinaus ergeben sich im Zusammenhang mit Gesamt- und Miteigentum eine Vielzahl weiterer Anwendungsfälle. So lässt sich im Widerspruchsverfahren abklären, wem der gepfändete Anteil zustehe, ferner, wie gross die Quote des Betriebenen sei, und schliesslich, ob gemeinschaftliches oder Alleineigentum vorliege. Einige dieser Fälle sind in der VVAG und der VZG besonders geregelt; im übrigen gelten die allgemeinen Vorschriften. Eine Uebersicht vermittelt die nachfolgende Aufstellung:

-
- 369) zum Widerspruchsverfahren im Zusammenhang mit gemeinschaftlichem Eigentum vgl. Lenhard S. 14; Fritzsche/Walder S. 301 Rz. 51; Stocker I S. 11; Amonn S. 192; ders., Das Stockwerkeigentum in der Zwangsvollstreckung, in BlSchK 32 (1968) S. 1 ff., S. 7 f.; Jaeger und Jaeger/Daeniker N. 5 zu Art. 106 SchKG; Böschenstein S. 5; Bürgi S. 4; Meier-Hayoz N. 81 zu Art. 646 und N. 46 zu Art. 652 ZGB; Bisang S. 87 ff.; Ottiker Moritz; Pfandrecht und Zwangsvollstreckung bei Miteigentum und Stockwerkeigentum, Diss. Zürich 1972, S. 212; BGE 90 III 9 ff. E. 3; 72 III 44 ff.
- 370) Sollte das Betreibungsamt trotz feststehendem Gesamt- oder Miteigentum das falsche Verfahren wählen, wäre dies auf dem Beschwerdeweg anzufechten.

- Ist die Sache als im Alleineigentum des Schuldners stehend gepfändet worden, kann der Dritte einwenden:

- er sei Alleineigentümer (371);
- er sei Miteigentümer (372);
- er sei Gesamteigentümer (373).

- Gegen die Pfändung eines Miteigentumsanteils kann der Dritte vorbringen:

- der fragliche Miteigentumsanteil stehe ihm und nicht dem Schuldner zu (374);
- dem Schuldner stehe eine kleinere Quote zu (375);

371) vgl. dazu oben § 6 1.

372) vgl. Art. 23b Abs. 1 VZG: Verlangt ein Gläubiger, dass das Grundstück selbst gepfändet werde, obschon der Schuldner nur als Miteigentümer eingetragen ist, hat das Betreibungsamt diesem Begehren ohne Prüfung der materiellen Berechtigung zu entsprechen. Gleichzeitig hat es ihm Frist nach Art. 109 SchKG anzusetzen, innert welcher er das Miteigentum der übrigen nach dem Grundbuch Berechtigten bestreiten kann. Die Besonderheit dieser Vorschrift liegt einzig darin, dass das Widerspruchsverfahren von Amtes wegen einzuleiten ist.

373) zu diesem Fall Bisang S. 87 f.

374) Bsp.: A. wendet ein, B. habe ihm seinen Miteigentumsanteil verkauft; B. hält dagegen, der Kaufvertrag sei wegen einer Kaufpreissimulation ungültig. Die Frage ist (als Vorfrage) im Widerspruchsverfahren zu entscheiden. Es handelt sich hier eine "gewöhnliche" Eigentumsansprache, mit der einzigen Besonderheit, dass die Vermögenszugehörigkeit nur bezüglich eines Anteils streitig ist. Bei Grundstücken rechtfertigt sich deshalb eine analoge Anwendung von Art. 10 VZG, wonach eine dem Grundbucheintrag widersprechende Pfändung nur unter gewissen Voraussetzungen möglich ist; vgl. dazu oben § 2 2.1.2.a).

375) Falls diese Behauptung dem Grundbucheintrag widerspricht, ist nach Art. 23b Abs. 2 VZG das Widerspruchsverfahren von Amtes wegen einzuleiten; vgl. Bisang S. 88; Bsp. eines solchen Sachverhaltes: BGE 72 III 44 ff.

- es liege nicht Mit-, sondern Gesamteigentum vor (376);
- er sei Alleineigentümer (377).

- Gegen die Pfändung eines Liquidationsanteils bei Gesamteigentum kann der Dritte geltend machen:

- der Liquidationsanteil stehe ihm und nicht dem Schuldner zu (378);
- dem Schuldner stehe eine kleinere Quote zu (379);
- es liege Mit-, nicht Gesamteigentum vor (380);
- er sei Alleineigentümer (381).

d) Die Bedeutung von Drittansprachen im Zusammenhang mit gemeinschaftlichem Eigentum ist, wie die veröffentlichten Entscheide belegen, recht gross. Sie dürfte mit wachsender Verbreitung des Stockwerkeigentums noch zunehmen.

Als Beispiel aus der Praxis sei BGE 99 III 9 ff. angeführt: C. war Eigentümer einer Liegenschaft in der Zürcher Altstadt. Im Dachgeschoss des K. gehörenden Nachbarhauses befand sich eine nur vom Hause C.'s zugängliche Waschküche.

376) Falls im Grundbuch Gesamteigentum eingetragen ist, kann der Gläubiger gemäss Art. 4 VVAG die Pfändung eines Miteigentumsanteils verlangen, wenn er glaubhaft macht, dass der Grundbucheintrag falsch ist; im Umfang des Glaubhaftmachens kommt dem Betreibungsamt gleich wie im Falle von Art. 10 VZG eine materielle Prüfungsbefugnis zu; vgl. dazu oben § 2 2.1.2.a); das Widerspruchsverfahren ist auch hier von Amtes wegen einzuleiten (Art. 4 VVAG 3. Satz).

377) Bsp.: BGE 99 III 9 ff., insb. E. 3

378) Bsp.: BGE 88 III 55 ff.; 67 III 49 ff.

379) vgl. oben N. 375

380) Art. 23b Abs. 2 VZG; dazu oben N. 375. Die nicht betriebenen Miteigentümer haben ein Interesse daran, dass nur ein Miteigentumsanteil und nicht -- im Zuge der Liquidation der Gemeinschaft -- die Sache selbst zur Verwertung gelangt.

381) vgl. oben N. 377

Gemäss Grundprotokoll stand diese C. als Stockwerkeigentum zu. In gegen C. gerichteten Betreibungen pfändete das Betreibungsamt seine Liegenschaft und das angebliche Stockwerkeigentum. Die Liegenschaft kam zur Verwertung. In der Folge verlangten die Gläubiger auch die Verwertung des zunächst davon ausgeklammerten Stockwerkeigentums. Erst jetzt unterrichtete das Amt K. von der erfolgten Pfändung. Dieser liess wissen, die Liegenschaft stehe in seinem Alleineigentum; zur Nachbarsliegenschaft gehöre lediglich "von alters her" ein Ueberbaurecht. Die kantonalen Aufsichtsbehörden entschieden gestützt auf den Eintrag im Grundprotokoll, die Waschküche sei als "Miteigentumsanteil im Sinne von Art. 712a ZGB" zu behandeln und zu versteigern. Hiegegen richtet sich der Rekurs K's. Das Bundesgericht stellt klar, dass K. Alleineigentum und damit ein die Verwertung der Waschküche als Miteigentum entgegenstehendes Recht geltend mache. In einem solchen Fall müsse das Betreibungsamt ein Widerspruchsverfahren einleiten. Das Gericht betont, dass sich im Widerspruchsverfahren auch die Frage klären lasse, "ob und in welchem Umfang der Schuldner pfänd- und verwertbares Miteigentum an einer Liegenschaft" besitze. In der Frage der Parteirollenverteilung sei auf den Eintrag im Grundprotokoll abzustellen, und zwar ohne Rücksicht darauf, dass an dessen Richtigkeit gewisse Zweifel bestünden.

2. Eigentumsvorbehalt

a) Durch Begründung eines Eigentumsvorbehaltes (382) lässt sich ein Veräusserungsgeschäft in der Weise dinglich sichern, dass der Empfänger das Eigentum an der ihm übertragenen Sache erst erwirbt, wenn er seinen Verpflichtungen nachgekommen ist. In Abweichung vom Traditionsprinzip ist

382) Art. 715/6 ZGB; vgl. dazu Haab/Simonius/Scherrer/Zobl N. 48 zu Art. 715/6 ZGB S. 728; Schwarzenbach S. 14; Kollbrunner S. 7

der Eigentumsübergang mithin auf einen der Sachübergabe nachfolgenden, vom Verhalten des Erwerbers abhängigen Zeitpunkt verlegt (383).

Meist zur Sicherung von Kreditkäufen oder Abzahlungsge-
schäften errichtet (384), kommt dem Eigentumsvorbehalt wirt-
schaftlich die Funktion eines Pfandrechtes zu. Dem Veräus-
serer ist nicht daran gelegen, die Sache zurückzuerhalten;
sein Interesse ist vielmehr darauf gerichtet, sie dem Erwer-
ber gegen Bezahlung des noch offenen Kaufpreises endgültig
zu überlassen (385). Beim Abzahlungskauf äussert sich die
Diskrepanz zwischen rechtlicher Ausgestaltung und wirt-
schaftlicher Funktion ferner auch darin, dass die Vermögens-
verschiebung fliessend, bereits vor dem eigentlichen Rechts-
übergang erfolgt: Das Recht des Schuldners, die Sache gegen
Zahlung des Kaufpreisrestes zu unbeschwertem Eigentum zu er-
werben, verkörpert einen mit jeder Ratenzahlung anwachsenden

383) Haab/Simonius/Scherrer/Zobl N. 48 zu Art. 715/6 mit
zahlreichen Verweisen; Liver S. 331 f.; Schwarzenbach
S. 14; auf die verschiedenen Theorien über die rechtli-
che Natur vorbehaltenen Eigentums kann ich hier nicht
näher eingehen; einen guten Ueberblick gibt der Kommen-
tar Haab/Simonius/Scherrer/Zobl, a.a.O.

384) vgl. Schenk Josef, Abzahlungs- und Vorauszahlungsver-
träge und Eigentumsvorbehalt, in BlSchK 22 (1958) S. 33
ff., S. 33/4; Haab/Simonius/Scherrer/Zobl N. 39 ff. zu
Art. 715/6 ZGB; Schwarzenbach S. 18 ff.; Eigentumsvor-
behalts-Klauseln finden sich in unzähligen Formularver-
trägen des täglichen Lebens. Zu andern Veräusserungsge-
schäften, die sich durch Eigentumsvorbehalte sichern
lassen vgl. Haab/Simonius/Scherrer/Zobl N. 42 ff. zu
Art. 715/6 ZGB.

385) So schon BGE 37 I 166 ff. E. 5; Schwarzenbach S. 16;
Haab/Simonius/Scherrer/Zobl N. 16 zu Art. 715/6 ZGB;
Zobl, syst. Teil N. 1699; Stocker I S. 5.
Der Eigentumsvorbehalt ist ein gesetzlich zugelassenes
Ersatzinstitut für das aufgrund des Faustpfandprinzips
grundsätzlich ausgeschlossene besitzlose Pfandrecht.
Was das Publizitätserfordernis anbelangt, tritt der Re-
gistereintrag anstelle des Besitzes.

Vermögenswert (386), während umgekehrt das Eigentum des Veräusserers mit fortlaufender Abzahlung an Wert verliert. Der Veräusserer kann die Sache gestützt auf sein Eigentum bei Verzug des Käufers wohl noch zurückverlangen; jedoch nur unter der Voraussetzung, dass er ihm die bereits geleisteten Abzahlungen unter Abzug eines angemessenen "Miet"-Zinses und einer Abnutzungsentschädigung zurückzuerstattet (387).

Das Zwangsvollstreckungsrecht muss den geschilderten Besonderheiten des Eigentumsvorbehalts Rechnung tragen. So kann namentlich nicht zweifelhaft sein, dass die Gläubiger des Erwerbers in irgendeiner Weise auf den als Folge der bereits geleisteten Zahlungen im Kaufobjekt verkörperten Wert zu greifen berechtigt sein müssen (388). In der Frage, wie dies zu geschehen hat, lässt sich dem Gesetz keine Lösung entnehmen. Ausgehend von der wirtschaftlichen Funktion des Eigentumsvorbehaltes, hat sich das Bundesgericht für eine analoge Anwendung der für die Pfandrechte massgebenden Vorschriften entschieden. Die getroffene Lösung hat es im Kreisschreiben Nr. 29 vom 31. März 1911 in für die Betreibungsbehörden verbindlicher Weise festgehalten (389). Auch

-
- 386) Fritzsche/Walder S. 379; Liver S. 338; Schwarzenbach S. 77 f.
- 387) Art. 716 ZGB, Art. 226i OR; Haab/Simonius/Scherrer/Zobl N. 106/7 zu Art. 715/6 ZGB mit Verweisen
- 388) falsch deshalb Schwarzenbach, S. 77, wonach jede Verwertung zugunsten der Gläubiger des Käufers "theoretisch" ausgeschlossen sein sollte.
- 389) publiziert bei Jaeger/Daeniker/Walder S. 512 ff.; vgl. zur Tragweite des Kreisschreibens BGE 90 III 15 ff. E. 3.
Kreisschreiben sind Verwaltungsverordnungen und als solche nur für die Behörden verbindlich. Sie enthalten keine allgemein verbindlichen Rechtssätze (vgl. Fritzsche/Walder S. 53 Rz. 6; Imboden/Rhinow, zit. § 1 N. 4, S. 53 ff.; ungenau Jaeger N. 7 zu Art. 17 SchKG). Folgerichtig werden sie auch nicht in die amtliche Gesetzessammlungen aufgenommen (Art. 4 lit. f) und Art. 9

im praktisch weit weniger wichtigen Fall der Betreibung gegen den Veräusserer ist der Eigentumsvorbehalt nach der Rechtsprechung gleich einem Pfandrecht zu berücksichtigen (390).

b) Richtet sich die Betreibung gegen den Käufer, hat das Betreibungsamt nach dem Kreisschreiben Nr. 29 wie folgt zu verfahren:

aa) Zunächst findet ein Vorverfahren statt, welches den Beteiligten Gelegenheit bietet, zur Höhe einer allfälligen Kaufpreisrestanz Stellung zu nehmen. Mittels Form. Nr. 19 hat das Amt den Verkäufer aufzufordern, binnen zehn Tagen den noch ausstehenden Kaufpreis bekanntzugeben. Lässt sich der Verkäufer nicht vernehmen, ist auf die Angaben des Käufers abzustellen (391). Schweigt auch dieser, gilt die Sache in der laufenden Betreibung als abbezahlt (392).

bb) Aufgrund der Angaben des Verkäufers oder gegebenenfalls des Schuldners hat das Betreibungsamt das Widerspruchsverfahren nach Art. 106/7 SchKG einzuleiten. Abgesehen von den eigens für diesen Fall vorgesehenen Formularen

Abs. 1 des Rechtskraftgesetzes vom 12. März 1948; SR 170.513.1). Streng rechtlich betrachtet, könnten sich die Betreibungsparteien demnach nicht auf Kreisschreiben berufen. Da Verstösse gegen die darin enthaltenen Vorschriften jedoch gleichzeitig auch als mittelbare Gesetzesverletzungen einzustufen sind, lassen sie sich indirekt gleichwohl auf dem Beschwerdeweg rügen. Dies mag erklären, weshalb das Bundesgericht die Kreisschreiben praktisch wie allgemein verbindliche Verordnungen anwendet; vgl. z.B. BGE 96 III 67 ff. E. 2..

390) vgl. dazu unten c)

391) Die Angaben des Schuldners bilden eine genügende Grundlage für die Einleitung des Widerspruchsverfahrens; BGE 79 III 67 ff.

392) BGE 79 III 67 ff.; 54 III 57 ff. E. 3; Böschstein S. 8

Nr. 20 (Bestreitungsverfahren) und Nr. 25 (Klagefristansetzung), ergeben sich keine verfahrensrechtlichen Besonderheiten. Die Klägerrolle fällt, da die Sache bereits übertragen ist, in jedem Fall dem Verkäufer zu (393).

Der Eigentumsvorbehalt unterliegt wie das Pfandrecht dem Akzessorietätsprinzip; d.h. er ist vom Bestand der zu sichernden Forderung abhängig (394). Als Vorfrage hat der Richter deshalb im Widerspruchsprozess mitunter auch die Gültigkeit des obligatorischen Veräußerungsgeschäftes zu beurteilen.

cc) Nach Abschluss des Widerspruchsverfahrens kann das Betreibungsamt die Sache verwerten. In analoger Anwendung des in Art. 126 SchKG verankerten Deckungsprinzips (395) darf es dabei den Zuschlag nur erteilen, wenn ein die unbestritten gebliebene oder gerichtlich festgestellte Kaufpreisrestanz übersteigendes Angebot vorliegt. Andernfalls fällt die Betreibung mit Bezug auf den fraglichen Gegenstand dahin. Erweist sich der Zuschlag als möglich, ist der Verkäufer aus dem Erlös gleich einem Pfandgläubiger vorweg zu befriedigen (396).

dd) Im Kreisschreiben Nr. 14 vom 11. Mai 1922 (397) hat das Bundesgericht festgehalten, dass der Verkäufer auch nach

393) vgl. zum Ganzen: Stocker I S. 5; Mustersammlung S. 257; Fritzsche/Walder S. 380 Rz. 45; Böschenstein S. 7; Bürgi S. 4; Jaeger und Jaeger/Daeniker N. 5 zu Art. 106 SchKG; Liver S. 338; Schwarzenbach S. 82 ff.; Haab/Simonius/Scherrer/Zobl N. 120 zu Art. 615/6 ZGB; Lenhard S. 15

394) Haab/Simonius/Scherrer/Zobl N. 84 zu Art. 715/6 ZGB; Schwarzenbach S. 67; zum Akzessorietätsprinzip vgl. oben § 7 1.c)

395) vgl. dazu oben § 7 1. bei N. 239

396) BGE 96 III 71; Fritzsche/Walder S. 380 Rz. 44; Amonn S. 192 N. 15; Schwarzenbach S. 85; Kollbrunner S. 64 f.; Fehlmann S. 29; Haab/Simonius/Scherrer/Zobl N. 121 zu Art. 725/6 ZGB; Liver S. 338/9; Jaeger N. 5a zu Art. 126 SchKG S. 415

397) = BGE 48 III 107 ff.; Jaeger/Daeniker/Walder S. 515 ff.; das Kreisschreiben basiert auf BGE 48 III 65 ff..

der Pfändung berechtigt bleibt, sein ihm nach Abzahlungsrecht zustehendes Rücktrittsrecht (398) auszuüben. Bei Verzug des Käufers kann er gestützt auf sein Eigentum die gepfändete Sache herausverlangen, sofern er dem Betreibungsamt die bereits erhaltenen Raten, abzüglich eines angemessenen Betrages für "Miete" und Abnutzung, als Ersatzobjekt zur Verfügung stellt (399). Im Sinne von Art. 100 SchKG hat das Betreibungsamt dabei mitzuwirken, die Höhe des Rückforderungsanspruchs des Betriebenen zu ermitteln (400).

ee) Die im Kreisschreiben Nr. 29 geregelten Verfahrensmodalitäten tragen den Interessen aller Beteiligten umfassend Rechnung. Dass trotz des Eigentumsvorbehaltes die Sache selbst und nicht -- was ebenfalls denkbar wäre -- das "Eigentumsanwartschaftsrecht" des Käufers zu pfänden und verwerten ist, entspricht der wirtschaftlichen Funktion vorbehaltenen Eigentums. Die Lösung ist praktikabel und zweckmässig. Sie gewährleistet ein günstiges, von spekulativen Ueberlegungen weitgehend unabhängiges Verwertungsergebnis. Als problematisch erachte ich hingegen das dem Verkäufer im Kreisschreiben Nr. 14 zugestandene Recht, trotz erfolgter Pfändung vom Vertrag zurücktreten zu können. Das dadurch ausgelöste Verfahren ist umständlich und endet -- wie bei Haab/Simonius/Scherrer/Zobl ausgeführt ist (401) -- regelmässig damit, "dass die gegen den Veräusserer erhobene Ge-

398) Art. 226h/i OR

399) vgl. Stocker I S. 5; Schwarzenbach S. 85 ff.; Kollbrunner S. 65; Haab/Simonius/Scherrer/Zobl N. 122 zu Art. 715/6 ZGB; Fritzsche/Walder S. 381 Rz. 46; Liver S. 339

400) Bleibt die Höhe des Rückforderungsanspruchs umstritten, hat das Betreibungsamt den Verkäufer anzuhalten, die entsprechende Summe zu hinterlegen. In diesem Betrag ist die Forderung als Bestrittene zu verwerten. Dem Erwerber oder Abtretungsgläubiger ist Frist anzusetzen, um gegen den Verkäufer zu klagen. Lässt er die Frist verstreichen, ist das Depositum dem Verkäufer zurückerstatten; Einzelheiten dazu bei Fritzsche/Walder S. 381 f. N. 73.

genforderung kaum zur Deckung der Betreuungskosten ausreicht." M.E. wäre deshalb ernsthaft zu prüfen, ob man dem Verkäufer das Wahlrecht während der Dauer der Pfändung nicht absprechen sollte. Seine Interessen lassen sich bereits durch das im Kreisschreiben Nr. 29 geregelte Verfahren, namentlich durch das Deckungsprinzip genügend wahren. Dieses garantiert, dass eine Verwertung nur erfolgen kann, wenn er den noch offenen Kaufpreis erhält. Damit aber ist der Zweck des Eigentumsvorbehaltes, die Kaufpreisforderung sicherzustellen, in jeder Hinsicht erreicht. Das Interesse des Verkäufers am Wahlrecht ist unter diesen Umständen als derart gering einzustufen, dass es hinter jenes der Pfändungsgläubiger an einem besseren Verwertungserlös zurückzutreten hat (402).

c) In der Betreibung gegen den Veräusserer können die Gläubiger die Sache selbst nur pfänden lassen, wenn sich der Käufer mit seinen Ratenzahlungen im Verzug befindet (403). Solange er seinen Verpflichtungen nachkommt, kann ihn niemand -- weder der Verkäufer noch dessen Gläubiger -- zur Herausgabe der Sache zwingen. Insofern kommt dem gleichsam im Entstehen begriffenen Eigentum bereits dingliche Wirkung zu (404). Das Betreibungsamt kann in diesem Fall nur die durch den Eigentumsvorbehalt sichergestellte Forderung des Veräusserers auf den noch offenen Kaufpreis pfänden und verwerten (405). Der Käufer ist legitimiert, die Berücksichtigung seines Rechtes im Widerspruchsverfahren durchzusetzen

401) N. 122 zu Art. 715/6 ZGB

402) gl.A. Haab/Simonius/Scherrer/Zobl a.a.O.

403) vgl. Schwarzenbach S. 118; Haab/Simonius/Scherrer/Zobl N. 128 zu Art. 715/6 ZGB. Hat der Veräusserer nicht selbst schon den Rücktritt erklärt, kann das Betreibungsamt gestützt auf Art. 100 SchKG an seiner Stelle das Rücktrittsrecht ausüben.

404) Stocker I S. 6 mit Hinweisen auf die Rechtsprechung

405) Haab/Simonius/Scherrer/Zobl N. 127 zu Art. 715/6 ZGB

(406).

d) Weitere Anwendungsfälle des Widerspruchsverfahrens in Zusammenhang mit dem Eigentumsvorbehalt können sich ergeben:

- wenn streitig ist, ob der Schuldner oder ein Dritter die Sache unter Eigentumsvorbehalt erworben hat (407);
- wenn sich der Käufer der Pfändung der Sache in einer gegen einen unbeteiligten Dritten angehobenen Betreibung widersetzen will (408);
- wenn umstritten ist, ob ein im Ausland errichteter Eigentumsvorbehalt in der Schweiz weiterhin Gültigkeit habe (409);
- in der Retentionsbetreibung (410).

e) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts und der herrschenden Lehre ist es statthaft, den Eigentumsvorbehalt erst nach Uebergabe der Sache registrieren zu lassen (411). Der nachträgliche Eintrag bildet im täglichen Leben gar die Regel. Meist macht der Veräusserer von seinem Recht erst Gebrauch, wenn der Käufer seine Zahlungen nicht mehr leistet (412). Die Zulässigkeit solcher "stiller" Eigentumsvorbehalte ist nicht unbedenklich. Sie verunmöglicht den Gläubigern,

-
- 406) Haab/Simonius/Scherrer/Zobl a.a.O.; Stocker I S. 6; Jaeger/Daeniker N. 4 zu Art. 109 SchKG; Schwarzenbach S. 116
- 407) BGE 80 III 25 ff.; Stocker I S. 6
- 408) BGE 78 III 102 ff.; Schwarzenbach S. 117; Jaeger/Daeniker N. 5 zu Art. 106 SchKG S. 224
- 409) ZR 79 (1980) Nr. 60 S. 117
- 410) BGE 96 III 67 ff.; vgl. unten 3.b) dd)
- 411) Haab/Simonius/Scherrer/Zobl N. 69 zu Art. 715/6 ZGB mit Hinweisen; Schwarzenbach S. 60; BGE 93 III 96 ff. E. 2 und 6 mit Verweisen; a.M. Kollbrunner S. 77 f.
- 412) Liver S. 334

sich anhand des Registers ein zuverlässiges Bild über die Kreditwürdigkeit des Käufers zu verschaffen, und vereitelt damit letztlich den eigentlichen Zweck der Registrierung (413). Die Praxis hat sich indessen dermassen eingebürgert, dass wohl nur eine Gesetzesänderung diesen Missstand beseitigen könnte.

Damit stellt sich die weitere Frage, ob der Verkäufer den Eigentumsvorbehalt auch nach erfolgter Pfändung mit der entsprechenden Wirkung eintragen lassen könne. In einem ausführlich begründeten Entscheid kam das Zürcher Obergericht zum Schluss, der nach der Pfändung erfolgte Eintrag sei in der laufenden Betreibung nicht zu beachten, wobei unerheblich bleibe, ob der Verkäufer von der Pfändung gewusst habe oder nicht (414). Diese Lösung entspricht der herrschenden Lehre (415) und der höchstrichterlichen Praxis für den analogen Fall im Konkurs (416). In einem neueren Entscheid hat das Bundesgericht die Frage offengelassen, jedoch festgehalten, dass nur der Richter, nicht die Betreibungsbehörden, über die Gültigkeit eines auf diese Weise eingetragenen Eigentumsvorbehaltes entscheiden könne (417). Für den Betreibungsbeamten heisst das, dass er bei einer derartigen Ansprache das Widerspruchsverfahren unbekümmert um die zu treffende Lösung einzuleiten hat (418).

f) Die praktische Bedeutung des Widerspruchsverfahrens um Eigentumsvorbehalte ist schwierig abzuschätzen. Angesichts der weiten Verbreitung dieses Rechtsinstitutes ist

413) ebenso Haab/Simonius/Scherrer/Zobl N. 69/70 zu Art. 715/6 ZGB mit Hinweisen; Kollbrunner S. 49 ff.

414) ZR 72 (1973) Nr. 62 S. 159 ff.

415) so Kollbrunner S. 70 f., der selbst allerdings die Meinung vertritt, der Veräusserer könne den Eigentumsvorbehalt auch nach der Pfändung gültig eintragen lassen, S. 77 f.; Schwarzenbach S. 61;

416) BGE 96 II 161 ff. E. 5; 93 III 96 ff. E. 6

417) BGE 101 III 23 ff. E. 2 = BlSchK 43 (1979) Nr. 7 S. 25 ff.

418) BGE a.a.O.; Fritzsche/Walder S. 382 Rz. 46

doch eher erstaunlich, dass sich nicht mehr publizierte Entscheide dazu finden.

BGE 78 III 102 ff. diene als Beispiel aus der Rechtsprechung: In der Betreibung gegen H. wurden verschiedene Gegenstände aus der Werkstatt des Schuldners gepfändet. T. und Z. widersetzten sich der Verwertung mit der Begründung, sie hätten die Gegenstände, ohne von der Pfändung gewusst zu haben, von H. gegen Barzahlung gekauft. Die Firma M. & Co. sodann gab an, sie habe die fraglichen Objekte ihrerseits von T. und Z. unter Eigentumsvorbehalt gekauft und in Besitz genommen. Ein Gläubiger bestritt die Ansprachen, worauf das Betreibungsamt T., Z. und der M. & Co. Frist nach Art. 107 SchKG ansetzte. Alle drei leiteten Klage ein, führten zudem aber auch Beschwerde gegen die Fristansetzung an die M. & Co., "weil es überflüssig und unnötig sei, sie in das Widerspruchsverfahren einzubeziehen." Das Bundesgericht tritt auf die Beschwerden T.'s und Z.'s zufolge mangelnden Rechtsschutzinteresses nicht ein. Bezüglich der M. & Co. hält es fest, dass dieser Firma, obwohl sie lediglich "Eigentumsanwärter und Besitzer" sei, ein selbständiges Recht zum Widerspruch gemäss Art. 106 ff. SchKG einzuräumen sei. Was das Verhältnis zu den Eigentumsansprachen von T. und Z. anbelangt, führt das Gericht aus, dass bei erfolgreicher Geltendmachung des Eigentums die Verwertung der betreffenden Sachen ohne weiteres ausgeschlossen sei, weshalb sich empfehle, diesen Streit vorweg zu erledigen; die Klagefristansetzung an die M. & Co. sei indessen gleichwohl zurecht erfolgt, da in jenem Zeitpunkt offen gewesen sei, ob T. und Z. überhaupt klagen würden, und da zudem keineswegs zum vornherein feststehe, dass deren Klage begründet sei; es sei beispielsweise ohne weiteres denkbar, dass die M. & Co. den Besitz gutgläubig erworben habe, Z. und T. von der Pfändung jedoch Kenntnis gehabt hätten. Aus diesen Gründen weist das Bundesgericht den Rekurs der M. & Co. ab.

3. Retentionsrecht des Vermieters (419)

a) Gemäss Art. 272 Abs. 1 OR hat der Vermieter einer unbeweglichen Sache für einen verfallenen Jahreszins und den laufenden Halbjahreszins ein Retentionsrecht an den beweglichen Sachen, die sich in den vermieteten Räumen befinden und zu deren Einrichtung oder Benutzung gehören. Nach Art. 273 Abs. 1 OR erstreckt sich das Retentionsrecht auch auf Sachen Dritter, von welchen der Vermieter nicht weiss oder wissen müsste, dass sie nicht dem Mieter gehören (420). Als gesetzliches Pfandrecht (421) verleiht das Retentionsrecht dem Vermieter ein dinglich wirksames Recht auf Befriedigung aus dem Erlös der Retentionsgegenstände (422). Vom Faustpfandrecht unterscheidet es sich dadurch, dass der Schuldner (Mieter) im Besitz der Pfandgegenstände verbleibt und dass nicht von vornherein feststeht, welche und wieviele Gegenstände der Pfandhaft unterliegen (423).

Betreibungsrechtlich untersteht das Retentionsrecht grundsätzlich den für Faustpfandrechte geltenden Regeln (424); ein Grundsatz allerdings, welcher von zahlreichen, teils gesetzlichen, teils durch die Praxis entwickelten Ausnahmen durchbrochen ist (425).

419) Die Ausführungen in diesem Abschnitt gelten sinngemäss für das Retentionsrecht des Verpächters im Sinne von Art. 286 Abs. 3 OR.

420) vgl. Eichenberger S. 66 ff.; Reymond S. 253 ff.; Schellenberg S. 149; Zobl, syst. Teil N. 466 und 490; Fritzsche II S. 249 N. 317; Amonn S. 273 N. 3; Favre S. 257; Vetsch G., Das Retentionsrecht des Vermieters und Verpächters, in BlSchK 10 (1946) S. 129 ff.; Schmid N. 6 ff. zu Art. 272-274 OR

421) vgl. statt vieler Zobl, syst. Teil N. 466; ferner Schmid N. 3 zu Art. 272-274 OR

422) Fritzsche II S. 251 f.; Schellenberg S. 151; Eichenberger S. 66

423) Schellenberg S. 151; Zobl, syst. Teil N. 466

424) BGE 89 III 72 ff. E. 1; Schellenberg S. 151

425) vgl. dazu unten b) und c)

b) Wie bei anderen Pfandrechten kann der Retentionsgläubiger sein Recht aktiv, auf dem Wege der Retentionsbetreibung, durchsetzen. Er kann sich aber auch darauf verlegen, dessen Vorrang in einer von einem Dritten angehobenen Betreibung geltend zu machen (426). Im folgenden erörtere ich zunächst die Berücksichtigung des Retentionsrechtes in der vom Vermieter angehobenen Retentionsbetreibung (427):

aa) Will der betriebene Mieter das Retentionsrecht bestreiten, hat er begründeten Rechtsvorschlag zu erheben. Der Vermieter kann versuchen, diesen im Rechtsöffnungs- oder Anerkennungsverfahren zu beseitigen (428). Die Retentionsbetreibung unterscheidet sich in dieser Hinsicht von der ordentlichen Faustpfandbetreibung einzig dadurch, dass der Vermieter gehalten ist, sein Recht jeweils innert zehn Tagen zu prosequieren (429).

bb) Beansprucht ein Dritter Eigentum an einer retinierten Sache, ist nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichtes nicht nur der Bestand des Drittrechtes, sondern auch die Gültigkeit des Retentionsrechtes im Widerspruchsverfahren abzuklären (430). Im einzelnen ist danach folgendermassen zu

426) vgl. zur positiven und negativen Wirkung von Pfandrechten oben § 1 3.2. und § 2 2.3.

427) Die in Art. 282 ff. SchKG geregelte Retentionsbetreibung ist grundsätzlich eine Faustpfandbetreibung; sie trägt aber in verschiedener Hinsicht auch Züge einer Arrestbetreibung; vgl. allgemein zur Retentionsbetreibung Schellenberg S. 151 ff.; Fritzsche II S. 251 ff.; Amonn S. 275 ff.; Kreisschreiben des Bundesgerichtes Nr. 24 vom 12. Juli 1909 (Jaeger/Daeniker/Walder S. 469/70).

428) Stocker I S. 7; Schellenberg S. 153; Fritzsche II S. 259 ff.; Amonn S. 275; Schmid N. 67/70 zu Art. 272-274 OR; BGE 96 III 67 ff. E. 1 c); 90 III 99 ff. E. 1 und 2; vgl. im übrigen oben § 2 2.3.

429) Fritzsche II S. 260; Schellenberg S. 154; BGE 105 III 84 ff.; Kreisschreiben Nr. 24, zit. N. 427; vgl. auch Form. Nr. 40 (Retentionsurkunde)

430) BGE 108 III 122 ff. E. 4; 107 III 20 ff. E. 2; 104 III 25 ff. E. 2; 96 III 67 ff. E. 1.a); Bundesgericht in BLSchK 47 (1983) Nr. 98 S. 132 ff.; ebenso ZR 78 (1979) Nr. 75 S. 175

verfahren: Nach Stellung des Verwertungsbegehrens ist der Vermieter auf Form. Nr. 22 anzufragen, ob er an seinem Retentionsrecht festzuhalten gedenke (431). Ist dies der Fall, hat das Betreibungsamt dem Drittansprecher mit Form. Nr. 26 Frist zur Klage auf Aberkennung des Retentionsrechtes anzusetzen (432). Grundsätzlich kann zwar auch das Dritteigentum selber Thema des Widerspruchsprozesses sein. Da sich das Retentionsrecht bei Gutgläubigkeit des Vermieters aber auch auf nicht dem Mieter gehörende Gegenstände erstreckt, ist mit der Lösung der Eigentumsfrage noch nichts über die Gültigkeit des Retentionsbeschlages gesagt. Der Dritteigentümer muss deshalb zusätzlich die Gültigkeit des Retentionsrechtes bestreiten können. In diesem Sinne ist die Bezeichnung der Klage in Form. Nr. 26 zu verstehen. Wie das Bundesgericht in BGE 70 II 226 ff. mit überzeugender Begründung dargelegt hat, bleibt der Dritte nicht auf die sich aus Art. 273 OR "ergebenden Einreden der Bösgläubigkeit und des unfreiwilligen Besitzesverlustes beschränkt", sondern er ist auch befugt, "zu bestreiten, dass die in Art. 272 OR niedergelegten Voraussetzungen für das Retentionsrecht des Vermieters (...) erfüllt seien" (433).

Dass dem Dritteigentümer die umschriebenen Einreden aus materiellrechtlichen Gründen zu Gebote stehen müssen, ist

-
- 431) Es handelt sich hier um nichts anderes als das Bestreitungsverfahren nach Art. 106 Abs. 2 SchKG. Entsprechend ist auch dem Schuldner eine Bestreitungsfrist anzuberaumen; BGE 96 III 67 ff. E. 1 b)
- 432) Art. 107 Abs. 1 SchKG; nach der Zürcher Praxis ist auch der im gleichen Haushalt wohnenden Ehefrau des Mieters die Klägerrolle zuzuweisen; Mustersammlung S. 257; vgl. auch BGE 98 III 66; anders, m.E. richtig, Genfer Aufsichtsbehörde in BlSchK 1982 (46) Nr. 10 S. 26 f.
- 433) BGE a.a.O., anders noch BGE 44 III 107 ff.; vgl. zu dieser Praxisänderung Schellenberg S. 158 f.; der Dritteigentümer kann z.B. geltend machen, die Gegenstände gehörten nicht zur Wohnungseinrichtung oder die Mietzinsforderung sei bereits bezahlt. Vgl. zum ganzen Verfahren Stocker I S. 8; Bürgi S. 52; Mustersammlung S. 257; Eichenberger S. 71/2; Amonn S. 278 N. 26; Schellenberg S. 158 ff.; Reymond S. 255; BGE 96 III 67 ff. E. 1

ohne jeden Zweifel richtig (434). Fragwürdig ist indessen, dass die Praxis den Dritten damit in das Widerspruchsverfahren verweist. Die das Widerspruchsverfahren -- etwas vereinfacht gesagt -- charakterisierende Frage, wem was gehöre, ist hier ja gerade nicht strittig. Umstritten ist vielmehr, ob die Sache trotz feststehendem Dritteigentum dem Zugriff des Retentionsgläubigers unterworfen sei, ob mit andern Worten eine Dritthaftung vorliege. Die Rechtslage ist nicht anders als bei irgendwelchen Drittpfandverhältnissen (435). Dort aber ist der Dritte nach feststehender Auslegung von Art. 153 Abs. 1 SchKG als Betreibungsparthei in das Verfahren miteinzubeziehen und durch Zustellung eines Zahlungsbefehls in die Lage zu versetzen, Pfandrecht und Forderung zu bestreiten. Weshalb in der Retentionsbetreibung etwas anderes gelten sollte, ist nicht einzusehen.

Alle Autoren, die sich näher mit der Frage befasst haben, lehnen denn auch die Bundesgerichtspraxis ab (436). Wie Schellenberg nachgewiesen hat (437), beruht diese im wesentlichen auf BGE 44 III 107 ff., wo ohne Begründung ausgeführt wird, der Dritteigentümer sei weder berechtigt, die Mietzinsforderung noch das Retentionsrecht als solches zu bestreiten; er habe einzig die Möglichkeit, die Bösgläubigkeit des Vermieters zu beweisen; zur Abklärung dieser Frage "genüge" das Widerspruchsverfahren. Abgesehen davon, dass diese Lösung materiellrechtlich unhaltbar ist, ist auch die daraus gezogene Schlussfolgerung, das Widerspruchsverfahren "genüge", keineswegs zwingend. Das Widerspruchsverfahren ist

434) Schellenberg S. 159; Vetsch, zit. N. 420, S. 141

435) vgl. oben § 1 2.2.2. und § 2 2.4. a)

436) Schellenberg S. 162 mit zahlreichen Verweisen; Zobl, syst. Teil N. 637a; Fritzsche II S. 255; Lenhard S. 109; vgl. auch Schmid N. 71 zu Art. 272-274 OR. Die zustimmenden Autoren (Jaeger/Daeniker N. 1a zu Art. 153 SchKG; Vetsch, zit. N. 420, S. 141; Amonn S. 278 N. 26; Stocker I S. 8; Bürgi S. 51/2; Böschenstein S. 6) übernehmen die Praxis, ohne dazu Stellung zu nehmen.

437) S. 158

kein Auffangtatbestand für alle irgendwie mit dem materiellen Recht zusammenhängenden Streitigkeiten, die sich im Laufe einer Betreuung ergeben können. Sein Anwendungsbereich ist, wie sich aus seiner Stellung im Gesetz herleiten lässt, grundsätzlich auf Fragen der Vermögenszugehörigkeit beschränkt (438). Nachdem das Bundesgericht in BGE 70 II 226 ff. die in BGE 44 III 107 ff. getroffene Lösung materiell richtiggestellt hat, ist umso mehr zu bedauern, dass es daraus nicht auch die verfahrensrechtlichen Konsequenzen gezogen hat (439).

Unter den dargelegten Umständen ist festzuhalten, dass in Abweichung von der geltenden Praxis dem Dritteigentümer auch in der Retentionsbetreuung Parteistellung zukommen muss. Das Betreibungsamt hat ihm folglich -- gegebenenfalls nach Abklärung der Eigentumsverhältnisse im Widerspruchsverfahren -- einen Zahlungsbefehl zuzustellen, um ihm auf diese Weise zu ermöglichen, das Retentionsrecht und die Mietzinsforderung mittels Rechtsvorschlag zu bestreiten (440). Man mag nun einwenden, die bundesgerichtliche Lösung genüge trotz allem zur Wahrung der Interessen des Dritteigentümers, da dieser ja auch im Widerspruchsverfahren alle Voraussetzungen des Retentionsrechtes bestreiten könne. Dies trifft an sich zu. Doch gilt es zu beachten, dass der Dritte aus der Parteistellung entscheidende verfahrensrechtliche Vorteile ziehen kann. Zunächst ist er nicht von vornherein in

438) vgl. oben § 2 2.1.1. und § 3 b)

439) In BGE 70 II 226 ff. wird zur Frage, welches Verfahren einzuschlagen sei, nicht Stellung genommen; vgl. Schellenberg S. 159 N. 5. Obwohl eine Sachverhaltsschilderung fehlt, ist mit hoher Wahrscheinlichkeit anzunehmen, dass es sich um einen Berufungsfall in einem Widerspruchsprozess handelt, ist doch auch von "Drittansprecher" die Rede. Indem das Bundesgericht auf die Berufung eingetreten ist, setzt es mithin die Zulässigkeit des Widerspruchsverfahrens stillschweigend voraus.

440) ausführlich dazu Schellenberg S. 162 mit Verweisen; vgl. im übrigen oben § 2 2.4.a)

die undankbare Klägerrolle gedrängt. Vielmehr kann er durch einfachen Rechtsvorschlag den Vermieter zwingen, die zur Durchsetzung des Retentionsrechtes nötigen Schritte einzuleiten. Sodann ist darauf hinzuweisen, dass das Widerspruchsverfahren erst nach der Verwertung einsetzt (441), während der Rechtsvorschlag an den Zahlungsbefehl anschliesst (442). Schliesslich bleibt auch die unterschiedliche Rechtskraft der möglichen Gerichtsverfahren zu erwähnen. Der Dritteigentümer hat mithin allen Anlass, seine Rechte als Betreuungspartei geltend zu machen.

cc) Anders als der Dritteigentümer hat der Inhaber eines beschränkten dinglichen Rechtes an einer retinierten Sache von vornherein keinen Anspruch auf Zustellung eines Zahlungsbefehls (443). Er kann die Berücksichtigung seines Rechtes im Widerspruchsverfahren durchsetzen. Die Verwertung kann er nicht verhindern. Folglich fehlt ihm auch ein Interesse, als Partei am Betreibungsverfahren teilzunehmen. Es bleibt Sache des betriebenen Eigentümers, sich einer ungerichtfertigten Verwertung zu widersetzen (444).

Im Widerspruchsprozess muss der Inhaber des beschränkten dinglichen Rechtes auch die Möglichkeit haben, den Vorrang des Retentionsrechtes und -- als Vorfrage dazu -- dessen Gültigkeit bestreiten zu können (445). Gegen die Klärung

441) Art. 155 Abs. 1 SchKG

442) Dieser zeitliche Unterschied ist für den Dritten natürlich nur dann von Vorteil, wenn er sein Eigentum nicht vorgehend in einem Widerspruchsprozess durchsetzen muss.

443) Der klare Wortlaut von Art. 153 Abs. 1 SchKG lässt hier keine Zweifel offen.

444) vgl. zum Ganzen oben § 7 1./2.

445) Wie der Eigentümer kann er nicht nur die Einreden nach Art. 273 OR erheben, sondern auch die allgemeinen Voraussetzungen des Retentionsrechtes bestreiten.

Bsp.: Die Ehefrau des Mieters beansprucht an einer retinierten Sache ein Pfandrecht. Sie kann vorbringen, der Vermieter habe von der Verpfändung gewusst; sie kann aber auch geltend machen, die Miete sei bereits

dieser Fragen im Widerspruchsverfahren mag man dieselben Bedenken anführen wie im Falle von Dritteigentum (446). Ein anderes Verfahren fällt hier jedoch mangels Parteistellung des Drittansprechers ausser Betracht (447).

dd) Praktisch besonders wichtig sind in der Retentionsbetreibung die auf einen Eigentumsvorbehalt gestützten Drittansprachen des Veräusserers (448). Man denke nur an die in der Möbelbranche üblichen Formularverträge, die dem Verkäufer regelmässig das Recht einräumen, einen Eigentumsvorbehalt eintragen zu lassen. Da der Eigentumsvorbehalt betreibungsrechtlich grundsätzlich gleich einem Pfandrecht zu behandeln ist (449), sind sämtliche das Verhältnis von Eigentumsvorbehalt und Retentionsrecht beschlagenden Fragen im Widerspruchsverfahren abzuklären. Wie der Inhaber eines beschränkten dinglichen Rechtes ist der Veräusserer nicht daran interessiert, sich der Retentionsbetreibung als solcher zu widersetzen. Ihm genügt, wenn seine noch offene Kaufpreisforderung sichergestellt bleibt. Aus diesen Gründen wäre es abzulehnen, ihn als Partei in das Verfahren miteinzubeziehen (450).

bezahlt, das Retentionsrecht folglich dahingefallen, oder der fragliche Gegenstand gehöre nicht zur Wohnungseinrichtung.

446) vgl. oben vor N. 435

447) Erweist sich im in N. 445 angeführten Beispiel der Einwand der Ehefrau, das Retentionsrecht sei ungültig, als begründet, stellt sich die Frage, ob der Retentionsbeschluss gegenüber dem betriebenen Ehemann aufrechterhalten bleibt. M.E. ist dies zu bejahen. Hat der Ehemann keinen Rechtsvorschlag erhoben, ist die Retentionsbetreibung ihm gegenüber in Rechtskraft erwachsen. Vorausgesetzt das Deckungsprinzip lasse sich wahren, kann das Betreibungsamt den Gegenstand folglich verwerten.

448) vgl. BGE 96 III 67 ff.; Mustersammlung S. 258; Fritzsche/Walder S. 382 f. mit Hinweisen; vgl. auch Haab/Simonius/Scherrer/Zobl N. 131 zu Art. 715/6 ZGB und Raymond S. 255

449) vgl. oben 2.a)

450) vgl. oben cc)

Die Durchführung des Widerspruchsverfahrens kompliziert sich durch die beim Eigentumsvorbehalt zu beachtenden Besonderheiten: Zunächst hat das Betreibungsamt den Verkäufer mit Form. Nr. 19 zur Angabe der Kaufpreisrestanz aufzufordern und sich gleichzeitig danach zu erkundigen, ob er das Retentionsrecht als solches bestreiten oder geltend machen wolle, sein Eigentumsvorbehalt gehe dem Retentionsrecht vor. Anhand dieser Angaben hat es den Vermieter mittels Form. Nr. 22 anzufragen, ob er an seinem Retentionsrecht festhalte. Gegebenenfalls hat es hierauf dem Veräusserer auf Form. Nr. 26 Frist zur Widerspruchsklage anzusetzen, welche jenachdem auf Aberkennung des Retentionsrechts oder Feststellung des Vorranges des Eigentumsvorbehaltes zu richten ist (451).

Nach bundesgerichtlicher Rechtsprechung schliesst die gerichtliche Aberkennung des Retentionsrechtes in einem zwischen Veräusserer und Vermieter geführten Widerspruchsprozess die Verwertung des fraglichen Gegenstandes in der laufenden Mietzinsbetreibung aus (452). M.E. genügt indessen, wenn das Betreibungsamt in einem solchen Fall den Eigentumsvorbehalt in der Höhe des unbestrittenen oder gerichtlich festgestellten Kaufpreisrestes bei der Verwertung berücksichtigt. Es ist nicht einzusehen, weshalb der Mietzinsschuldner, der es versäumt hat, sich gegen die Retentionsbetreibung zur Wehr zu setzen, vom Prozesserfolg des Veräusserers profitieren sollte. Im Verhältnis zwischen Vermieter und Mieter ist der Retentionsbeschluss vielmehr zufolge des unterlassenen Rechtsvorschlages in Rechtskraft

451) Einzelheiten zu diesem Verfahren bei Fritzsche/Walder S. 382; Mustersammlung S. 258; BGE 96 III 67 ff.; zum Vorgehen, wenn der Veräusserer sein Rücknahmerecht geltend machen will, vgl. Fritzsche/Walder S. 383; vgl. aber die grundsätzlichen Bedenken gegenüber diesem Recht oben 2. bei N. 401.

452) BGE a.a.O. S. 71

erwachsen (453).

c) In der von einem Dritten angehobenen Pfändungs-
treibung kann der Vermieter seinerseits als Drittansprecher
auftreten und die Berücksichtigung seines Retentionsrechtes
im Widerspruchsverfahren durchsetzen (454). Ein Wider-
spruchsverfahren ist ferner auch dann durchzuführen, wenn
der Vermieter nach erfolgter Pfändung ein Retentionsver-
zeichnis aufnehmen lässt (455).

Grundsätzlich handelt es sich bei der Retentionsanspra-
che um eine gewöhnliche Pfandansprache. Nach gefestigter
Praxis kann sich der Vermieter jedoch nicht auf Einhaltung
des Deckungsprinzips berufen. Das Betreibungsamt kann die
gepfändeten Gegenstände unbekümmert darum verwerten. Erst
nach der Verwertung hat es das Widerspruchsverfahren einzu-
leiten. Bis der Streit ausgetragen ist, hat es die Vertei-
lung zu sistieren (456). Obsiegt der Retentionsgläubiger,

-
- 453) vgl. in diesem Zusammenhang BGE 70 II 228 am Ende.
Bsp.: In einer Retentionsbetreibung nimmt das Betrei-
bungsamt ein Auto in das Retentionsverzeichnis auf. Der
Mieter erhebt keinen Rechtsvorschlag. Der Autohändler
X. macht einen Eigentumsvorbehalt geltend. Die unbe-
strittene Kaufpreisrestanz beträgt Fr. 500.--. Im Wi-
derspruchsprozess dringt X. mit dem Einwand durch, das
Auto gehöre nicht zur Wohnungseinrichtung, dem Vermie-
ter stehe daran folglich kein Retentionsrecht zu. In
diesem Fall hat das Betreibungsamt das Auto gleichwohl
zu verwerten. Vom Erlös hat es X. Fr. 500.-- vorweg zu-
zuweisen.
- 454) vgl. Stocker I S. 7; Mustersammlung S. 258; Vetsch,
zit. N. 420, S. 143/4; Fritzsche/Walder S. 364 (zur
Parteirollenverteilung) und S. 387
- 455) BGE 81 III 7 ff. mit Hinweisen; Böschenstein S. 6
- 456) BGE 104 III 79 ff. E. 4; 89 III 72 ff. E. 1; 81 III 7
ff. E. 1; Zobl, syst. Teil N. 688; Stocker I S. 7.
Die Praxis mag auf den ersten Blick erstaunen. Es gilt
aber zu bedenken, dass sich das Deckungsprinzip bei dem
meist eine Vielzahl von Gegenständen erfassenden Reten-
tionsrecht praktisch kaum durchführen liesse. Eine ge-
samthafte Verwertung der Einrichtung ist nicht zuläs-
sig. Bei der stückweisen Verwertung lässt sich nicht

ist er aus dem Verwertungserlös vorweg zu befriedigen (457).

d) Drittansprachen im Zusammenhang mit dem Retentionsrecht des Vermieters sind, wie namentlich die zahlreichen Entscheide neueren Datums belegen, häufig.

Als Beispiel sei der in ZR 78 (1979) Nr. 75 publizierte Entscheid der III. Zivilkammer des Zürcher Obergerichtes angeführt: Der Fernsehhändler X. lieferte A. ein TV-Gerät zur Ansicht. Die Parteien unterliessen es, der Vermieterin A.'s, Y., mitzuteilen, dass das Gerät im Eigentum A.'s verblieb. Auf Verlangen der Vermieterin belegte das Betreibungsamt Dübendorf den Fernseher mit Retention. Der Schuldner wies auf das Dritteigentum hin. Die Vermieterin hielt am Retentionsrecht fest, worauf X. beim Einzelrichter im beschleunigten Verfahren des Bezirkes Uster Klage auf Aberkennung des Retentionsrechtes einreichte. Der Einzelrichter hiess die Klage gut, im wesentlichen mit der Begründung, die Vermieterin habe "ihrer Behauptungs- und Beweislast für das Vorhandensein der Voraussetzungen des Retentionsrechtes nicht genügt." Hiegegen erhob Y. Nichtigkeitsbeschwerde wegen Verletzung klaren Rechtes. Das Obergericht hält zunächst fest, dass der Streit über die Gültigkeit des Retentionsrechtes im Widerspruchsverfahren auszutragen sei und dass der Drittan sprecher dabei auch die Voraussetzungen des Retentionsrechtes nach Art. 272 OR bestreiten könne. Sodann stellt es klar, dass die Parteirollenverteilung im Widerspruchsprozess ohne Einfluss auf die Behauptungs- und Beweislast sei; die Beweislast für die Zulässigkeit der Retention aber liege

abschätzen, ob der Gesamterlös zur Deckung der Mietzinsforderung ausreichen werde. Zurecht spricht das Bundesgericht von einem Teufelskreis, der sich nur durch Ausschaltung des Deckungsprinzips durchbrechen lasse; BGE 65 III 6 ff. S. 9.

457) BGE 89 III 72 ff. insb. S. 76/7 mit Hinweisen; vgl. oben § 7 1. bei N. 252

"notwendigerweise beim Gläubiger, der aus der Haftung die Zulässigkeit der Retention" herleite. Somit aber, folgert das Gericht, habe die Vorinstanz die Beweislast richtig verteilt, weshalb von einer Verletzung klaren Rechtes keine Rede sein könne.

Das Beispiel zeigt, dass die heute geltende Praxis den Dritteigentümer in fragwürdiger Weise zu einem Prozess zwingen kann. Hätte X. die Möglichkeit gehabt, Rechtsvorschlag zu erheben, hätte es sich Y. angesichts der ungewissen Rechtslage wohl überlegen müssen, gerichtliche Schritte einzuleiten.

4. Zugehørsqualität

a) Die Regel, dass Zugehör (458) grundsätzlich das rechtliche Schicksal der Hauptsache teilt (459), gilt auch in der Zwangsvollstreckung (460). Hier ist namentlich von Bedeutung, dass Grundpfandrechte ohne andere Abrede die Zugehör des belasteten Grundstückes miterfassen (461). Die Frage nach der Zugehör fällt insofern mit jener nach dem Umfang der Pfandbelastung zusammen (462). Hält man sich vor Augen, dass sich die Zugehørsqualität nicht nur nach objektiven Kriterien, sondern zusätzlich auch nach Ortsgebrauch

-
- 458) zum Begriff der Zugehör Meier-Hayoz N. 8 ff. zu Art. 644/5 ZGB; Haab/Simonius/Scherrer/Zobl N. 4 ff. zu Art. 644/5 ZGB
- 459) Art. 644 Abs. 1 ZGB; Goetzinger S. 104; Amonn, Zwangsverwertung, S. 8; BGE 104 III 28 ff. mit Hinweisen
- 460) Meier-Hayoz N. 101 zu Art. 644/5 ZGB; Leemann N. 40 zu Art. 644/5 ZGB
- 461) Art. 805 Abs. 1 ZGB; dazu Meier-Hayoz N. 73 ff. zu Art. 644/5 ZGB; Liver S. 41; Haab/Simonius/Scherrer/Zobl N. 25 zu Art. 644/5 ZGB.
Art. 37 SchKG reiht das Pfandrecht an der Zugehör einer Liegenschaft unter die Grundpfandrechte ein.
- 462) vgl. BGE 59 III 63

oder Parteiwillen bestimmt (463), wird klar, weshalb so leicht Meinungsverschiedenheiten darüber entstehen können (464). Im Rahmen der Betreibung müssen die beteiligten Parteien Gelegenheit haben, die Zugehörseigenschaft eines Gegenstandes überprüfen zu lassen.

b) Bei der Zwangsverwertung des Grundstückes ist die Zugehörfrage im Rahmen der allgemeinen Lastenbereinigung zu klären (465). Dazu ist folgendes anzumerken: Die Pfändung des Grundstückes erfasst gemäss Art. 11 VZG auch die Zugehör (466). Dem Betreibungsamt fehlt eine echte Prüfungsbefugnis in dieser Frage. Von Amtes wegen hat es zwar nur solche Gegenstände in der Pfändungsurkunde anzuführen, die möglicherweise Zugehör darstellen (467). Indessen können alle Beteiligten die Aufnahme weiterer Gegenstände verlangen, ohne dass der Betreibungsbeamte die Berechtigung des Begehrens zu überprüfen befugt wäre (468). Streitigkeiten über die Zugehörqualität und über die Frage, ob die Zugehör nur einzel-

-
- 463) Art. 644 Abs. 2 und Art. 645 ZGB; Meier-Hayoz N. 1 und 10 ff. zu Art. 644/5 ZGB; Liver S. 39 ff.; Amonn, Zwangsverwertung, S. 8
- 464) Amonn, Zwangsverwertung, S. 7 f.; vgl. den illustrativen Sachverhalt in BGE 104 III 28 ff.
- 465) Sollte sich -- was kaum vorstellbar ist -- die entsprechende Frage bei der Fahrnisverwertung stellen, wäre sie m.E. im ordentlichen Widerspruchsverfahren zu lösen.
- 466) Gegenstände, die nach ortsüblicher Auffassung Zugehör sind, gelten ohne weiteres als mitverpfändet; Art. 11 Abs. 1 VZG. Solche, die im Grundbuch angemerkt sind oder deren Zugehörseigenschaft zweifelhaft ist, sind in der Pfändungsurkunde besonders aufzuführen; Art. 11 Abs. 2 VZG.
- 467) Art. 11 Abs. 2 VZG, wo von Gegenständen, "deren Eigenschaft als Zugehör zu Zweifeln Anlass gibt", die Rede ist; Art. 11 Abs. 3 VZG e contrario.
- 468) Art. 11 Abs. 3 VZG; es handelt sich um einen Anwendungsfall des Grundsatzes, dass dem Betreibungsamt keine Kognition hinsichtlich der Vermögenszugehörigkeit zukommt; nur wenn die Zugehörseigenschaft offensichtlich fehlt, kann das Amt die Aufnahme verweigern; vgl. dazu oben § 2 2.1.2. b) und Meier-Hayoz N. 101 zu Art. 644/5 ZGB.

nen Pfandgläubigern verpfändet sei, sind gemäss Art. 11 Abs. 4 und Art. 38 Abs. 2 VZG im Lastenbereinigungsverfahren auszutragen (469). Dabei sind folgende verfahrensrechtliche Besonderheiten zu beachten:

- Gemäss Art. 38 Abs. 1 VZG können Pfandgläubiger, die bisher nicht dazu in der Lage waren, während der Frist zur Anfechtung des Lastenverzeichnisses die Aufnahme weiterer Gegenstände als Zugehör in das Verzeichnis verlangen (470).

- Spricht ein Dritter die Zugehörssache zu Eigentum an, ist hierüber im Widerspruchsverfahren nach Art. 106 ff. SchKG zu entscheiden. Die Bestreitungsfrist ist nach Art. 38 Abs. 3 VZG gleichzeitig mit der Mitteilung des Lastenverzeichnisses sämtlichen Pfändungs- und Pfandgläubigern sowie dem Schuldner anzusetzen. Der Dritte seinerseits ist gemäss Art. 38 Abs. 2 VZG berechtigt, auf dem Wege des Lastenbereinigungsverfahrens die Zugehörqualität der Sache zu bestreiten (471).

- Nach Art. 41 Abs. 2 VZG kann die Versteigerung ungeachtet eines allfälligen Lastenbereinigungsprozesses über Zugehörfragen stattfinden (472).

469) vgl. zum ganzen Verfahren Meier-Hayoz N. 101 und 103 ff. zu Art. 644/5 ZGB; Goetzinger S. 104; Amonn, Zwangsverwertung, S. 9; Fritzsche/Walder S. 299 und S. 387 Rz. 57; Haab/Simonius/Scherrer/Zobl N. 34/5 zu Art. 644/5 ZGB; vgl. aus der neueren Rechtsprechung BGE 106 III 24 ff.; 104 III 28 ff.; 99 III 66, welche die entsprechenden Fragen im Konkurs betreffen; vgl. im übrigen oben § 7 1.i); zur Parteirollenverteilung im Lastenbereinigungsprozess Art. 19 Anl. VZG; dazu Brand, Verwertung, S. 4 f..

470) vgl. Meier-Hayoz N. 104 zu Art. 644/5 ZGB; Amonn, Zwangsverwertung, S. 9; hinsichtlich der nachträglich aufgenommenen Gegenstände läuft eine neue 10-tägige Anfechtungsfrist; Art. 18 Anl. VZG.

471) Meier-Hayoz N. 109 zu Art. 644/5 ZGB; Haab/Simonius/Scherrer/Zobl N. 34 zu Art. 644/5 ZGB S. 108

472) Meier-Hayoz N. 109 zu Art. 644/5 ZGB mit Hinweisen auf die Rechtsprechung; Brand, Verwertung, S. 4

- Unabhängig vom Ausgang des Lastenbereinigungsverfahrens können gemäss Art. 57 VZG alle Beteiligten zunächst getrennte und hernach gemeinsame Ausbietung des Grundstückes verlangen. Uebersteigt das Ergebnis des zweiten Ausrufs jenes des ersten, gilt der Zuschlag an die Einzelbieter als dahingefallen (473).

c) Nach Art. 12 Abs. 1 VZG ist die gesonderte Pfändung von Zugehör nur zulässig, wenn der Schuldner und alle aus dem Grundbuch ersichtlichen Berechtigten damit einverstanden sind. Ist die Frage der Zugehörseigenschaft umstritten, ist hierüber nach der von der herrschenden Lehre geteilten Rechtsprechung des Bundesgerichts vorgängig ein Widerspruchsverfahren durchzuführen (474). Die Ansicht Haabs, die Zugehörseigenschaft sei als Vorfrage im Hinblick auf das Zustimmungserfordernis von Art. 12 VZG durch die Betreibungs- bzw. Aufsichtsbehörden abzuklären (475), ist abzulehnen. Art. 12 VZG enthält kein Pfändungsverbot. Die Bestimmung dient in erster Linie den Interessen der Pfandgläubiger, welche nicht hinzunehmen brauchen, dass ihnen auf dem Wege der Pfändungsbetreibung Haftungssubstrat entzogen wird. Insofern stellt sie einen Ersatz für das bei der gesonderten Pfändung von Zugehör aus naheliegenden Gründen nicht durch-

473) Fritzsche/Walder S. 450 Rz. 38; Amonn S. 236; Brand, Verwertung, S. 9; kritisch zu diesem der Natur der Zugehör widersprechenden Sonderfall des Doppelaufrufs Meier-Hayoz N. 110 zu Art. 644/5 ZGB und Haab/Simonius/Scherrer/Zobl N. 35 zu Art. 644/5 ZGB; einschränkend auch BGE 49 III 6 ff. E. 3.

474) Meier-Hayoz N. 113/4 zu Art. 644/5 ZGB; Fritzsche/Walder S. 366 Rz. 10; Jaeger/Daeniker N. 5 zu Art. 106 SchKG S. 255; Stocker I S. 11; BGE 61 III 167 ff.; zur Frage der Parteirollenverteilung ZR 42 (1943) Nr. 98 S. 272 am Ende

475) Haab/Simonius/Scherrer/Zobl N. 31 am Ende

föhrbare Deckungsprinzip dar (476). Der von Haab angeführte Vergleich mit den Unpfändbarkeitsgründen von Art. 92 SchKG geht deshalb fehl. M.E. sind Zugehörsansprachen wie Pfandansprachen zu behandeln; denn wer die Zugehörseigenschaft bestreitet, stellt damit auch die Pfandhaft in Frage. Pfandansprachen fallen unzweifelhaft in den Anwendungsbereich des Widerspruchsverfahrens. Nichts anderes kann folglich auch im Falle umstrittener Zugehörsqualität gelten (477). Dass die Zugehörsfrage lediglich Vorfrage ist, vermag an der Zulässigkeit des Widerspruchsverfahrens nichts zu ändern; im Gegenteil: dieses Verhältnis von materiellrechtlicher Vorfrage und vollstreckungsrechtlicher Hauptfrage ist ja für das Widerspruchsverfahren gerade charakteristisch (478).

Nach der Praxis des Bundesgerichts kann ein Betreibungsgläubiger die gesonderte Pfändung von Zugehör auch dann verlangen, wenn diese im Grundbuch angemerkt ist. In analoger Anwendung von Art. 10 VZG soll eine Pfändung in einem solchen Fall immerhin nur dann zulässig sein, wenn der Betreibende glaubhaft macht, dass die Anmerkung zu unrecht bestehe (479). M.E. misst das Bundesgericht der Anmerkung eine zu weitgehende Bedeutung zu. Diese hat nicht die Wirkung eines eigentlichen Grundbucheintrages, sondern föhrt ledig-

476) vgl. dazu oben § 7 1. b) bei N. 239.

Grundsätzlich kann auch der Schuldner das Auseinanderreissen von Zugehör und Grundstück verhindern, indem er die Zustimmung zur gesonderten Pfändung verweigert; vgl. Haab/Simonius/Scherrer/Zobl N. 31 zu Art. 644/5 ZGB. Ob ihm dieses Recht auch dann zusteht, wenn das Grundstück nicht pfandbelastet ist, möchte ich jedoch bezweifeln. Da grundsätzlich sein ganzes Vermögen der Haftung unterworfen ist, hat er in diesem Fall kein schützenswertes Interesse, die Einzelpfändung von Zugehör zu vereiteln.

477) im Resultat gleich BGE 59 III 63 und Meier-Hayoz a.a.O.

478) vgl. oben § 2 2.1.1. nach N. 91; Wagner S. 21 ff.

479) BGE 55 III 55 ff.; bestätigt in BGE 59 III 62

lich zu einer Umkehr der Beweislast (480). Die Praxis widerspricht sodann der Regel von Art. 11 Abs. 3 VZG, wo für den umgekehrten Fall bestimmt ist, dass das Betreibungsamt auf Begehren eines Beteiligten weitere Gegenstände als Zugehör in die Pfändungsurkunde aufzunehmen hat, ohne die materielle Rechtslage prüfen zu dürfen. Schliesslich ist darauf hinzuweisen, dass das Betreibungsamt generell nicht befugt ist, in Fragen der Vermögenszugehörigkeit einen materiellen Entscheid zu treffen (481). M.E. verbietet sich aus diesen Gründen, die gesonderte Pfändung angemerakter Zugehör von einem vorläufigen Nachweis der materiellen Berechtigung abhängig zu machen.

Dagegen, dass das Betreibungsamt nach der gesonderten Pfändung von möglichen Zugehörsgegenständen unabhängig von der Parteirollenverteilung direkt Klagefrist anzusetzen hat, ist aus Gründen der Praktikabilität nichts einzuwenden (482).

d) Praktische Bedeutung haben Auseinandersetzungen um die Zugehørsqualität vorwiegend im Konkurs. Auf die Zusammenfassung eines Entscheides sei deshalb verzichtet. Einen guten Einstieg in die Problematik rund um die Zugehör vermitteln BGE 104 III 28 ff. und 99 III 66, welche beide im Laufe desselben Verfahrens ergangen sind.

480) Art. 946 Abs. 2 und Art. 972 ff. ZGB; Meier-Hayoz N. 58 zu Art. 644/5 ZGB mit zahlreichen Verweisen; Leemann N. 49 zu Art. 644/5 ZGB; Homberger, zit. N. 336, N. 30 und 36 zu Art. 946 ZGB

481) vgl. oben § 2 2.1.2. vor N. 96

482) Redaktionelle Anmerkung in ZR 42 (1943) Nr. 98 S. 272 am Ende; BGE 61 III 167 ff.; gl.M. Meier-Hayoz N. 114 zu Art. 644/5 ZGB; Stocker I S. 11. Das in BGE 59 III 58 ff. vorgeschlagene Bestreitungsverfahren wäre angesichts der zahlreichen Beteiligten praktisch nur schwer durchführbar.

5. Anfechtbarkeit nach Art. 285 ff. SchKG

a) Nach ständiger Rechtsprechung des Bundesgerichts kann sich ein Gläubiger einer Drittansprache unter anderem mit der Begründung widersetzen, der Dritte habe den streitigen Gegenstand bzw. das streitige Recht auf anfechtbare Weise vom Schuldner erworben. Voraussetzung für eine derartige Anfechtungseinrede im Rahmen eines Widerspruchsprozesses ist, dass der Gläubiger einen definitiven oder provisorischen Verlustschein erhalten hat und damit nach Art. 285 Abs. 2 Ziff. 1 SchKG auch zur Erhebung der Anfechtungsklage legitimiert gewesen wäre (483). Diese Praxis hat in der Lehre beinahe einmütige Zustimmung gefunden (484). Aus prozess-ökonomischer Sicht ist sie unzweifelhaft zu begrüßen, ermöglicht sie doch auf einfache Weise, zwei Verfahren "auf einen Streich" zu erledigen. Gleichwohl lohnt es sich, sie einer kritischen Würdigung zu unterziehen, denn rechtlich ist sie nicht unbedenklich.

b) Die bundesgerichtliche Lösung beruht auf der grundsätzlichen Ueberlegung, dass der Anfechtungsberechtigte seinen "Rückerstattungs"-Anspruch nicht nur offensiv, d.h. klageweise, sondern auch defensiv -- sei es einrede-, sei es widerklageweise -- durchsetzen könne (485). Dieser Grundsatz

483) Pr. 72 (1983) Nr. 119 S. 322 ff. E. 3; BGE 107 III 118 ff. E. 3; 103 III 104; 96 III 111 ff. E. 3 S. 117; vgl. auch BGE 108 II 85 ff. E. 3.c) und 74 III 84 ff. E. 2

484) Amonn S. 425 N. 29; Fritzsche II S. 286; Favre S. 379; Brand, SJK 743, S. 2; ders., Anfechtung, S. 213; Blumenstein S. 864; Jaeger und Jaeger/Daeniker N. 2 zu Art. 285 SchKG; Berz S. 85; Hangartner S. 92 f.; Wagner S. 73; ablehnend Leuch S. 11 f. N. 3 und Lenhard S. 88 f.

485) Es ist hier anzumerken, dass die Anfechtungseinrede zur Abwehr einer Drittansprache unabhängig von der Rollenverteilung im Widerspruchsprozess Einrede bleibt; vgl. Brand, SJK 743, S. 2. Falls der Anfechtungsgläubiger nach Art. 109 SchKG als Kläger aufzutreten hat, unterscheidet sich der Widerspruchsprozess äusserlich allerdings kaum mehr von einem eigentlichen Anfechtungsprozess; vgl. dazu BGE 96 III 111 ff.; 58 III 158 ff.; Amonn S. 425 N. 29.

Zur Anfechtungs-Widerklage vgl. unten c)

wird dabei offenbar als derart selbstverständlich angesehen (486), dass man auf der Suche nach einer Begründung in die Anfangsjahrgänge eidgenössischer Judikatur zurückblättern muss: In BGE 21 S. 284 finden sich Ausführungen zur Frage, weshalb die Anfechtungseinrede im Rahmen einer konkursrechtlichen Kollokationsklage statthaft sei (487). Inwieweit sich die dortige Begründung auf das Verhältnis der Anfechtungseinrede zum Widerspruchsprozess übertragen lässt, bleibt unbeantwortet.

Die grundsätzliche Zulässigkeit der Anfechtungseinrede lässt sich m.E. aus dem Wesen der Anfechtbarkeit herleiten. Nach der vom weit überwiegenden Teil der Lehre geteilten Ansicht des Bundesgerichts ist der paulianische Anfechtungsanspruch obligatorischer Natur (488). Der Anspruch entsteht, falls ein Anfechtungstatbestand vorliegt und die formellen Voraussetzungen erfüllt sind, von Gesetzes wegen (489). Die Bezeichnung "Anfechtung" ist insofern irreführend (490). Konsequenz der obligatorischen Betrachtungsweise ist, dass der Anfechtungsgläubiger berechtigt sein muss, seinen Anspruch, wo immer er relevant wird, in irgend einer Form durchzusetzen; sei es offensiv, sei es defensiv. Ja selbst

-
- 486) Typisch ist die Aussage Fritzsches (Bd. II S. 287): Die Zulässigkeit der Anfechtungseinrede "ist schon in alten Urteilen des Bundesgerichts ausgesprochen worden (...) und heute nicht mehr streitig."
- 487) Bsp. derartiger Kollokationsklagen: BGE 99 III 89 ff.; 95 III 47. Zur grundsätzlichen Frage, ob die Anfechtungseinrede überhaupt zulässig sei, wird darin nicht Stellung genommen. Vgl. zum Verhältnis Kollokationsklage/Anfechtungseinrede Brand, SJK 743, S. 3 mit Verweisen; Jaeger N. 9 zu Art. 250 SchKG.
- 488) BGE 106 III 44; Fritzsche II S. 276; Favre S. 372/3; Blumenstein S. 870/1; Hangartner S. 90; Berz S. 21 f.; Jaeger N. 1 A. zu Art. 285 SchKG S. 357; Brand, Anfechtung, S. 185 f.
- 489) Berz S. 35 ff. mit Hinweisen; Hangartner S. 90
- 490) vgl. Berz S. 22; vgl. auch S. 15 ff. zu anderen Konstruktionsversuchen der Anfechtbarkeit

die aussergerichtliche Geltendmachung muss zulässig sein (491). Der Anfechtungsanspruch unterscheidet sich, was die Rechtsverfolgung anbetrifft, mithin nicht von irgend einem andern obligatorischen Anspruch.

Eine abweichende Ansicht über die Natur des Anfechtungsrechts vertritt von Tuhr. Er rechnet es den Gestaltungsklagerechten zu, jenen Gestaltungsrechten also, die der Berechtigte nur durch Klage vor Gericht ausüben kann (492). Obwohl sie keinen grossen Anhängerkreis gefunden hat, ist diese Konstruktion keineswegs so abwegig, wie Berz (493) glauben machen möchte. Fasst man die Anfechtbarkeit als Gestaltungsklagerecht auf, so fällt zunächst einmal eine aussergerichtliche Geltendmachung ausser Betracht (494). Höchst fraglich ist dann aber auch, ob eine Anfechtungseinrede genügen könne. Die überwiegende Zahl der Gestaltungsklagen lassen sich nicht durch eine entsprechende Einrede ersetzen (495). Immerhin kennt das materielle Recht verschiedene Ausnahmen hievon (496). Man kann deshalb die Anfechtungseinrede auch dann, wenn man von der gestaltungsrechtlichen Natur der

-
- 491) so BGE 63 III 21; zustimmend Jaeger N. 1 zu Art. 290 SchKG S. 399; Brand, Anfechtung, S. 240; Berz S. 84/6 mit weiteren Hinweisen; widersprüchlich Fritzsche S. 286 f.
- 492) von Tuhr/Peter S. 26 N. 20 und S. 232 f.; Fritzsche teilt offenbar diese Meinung, vergleicht er doch die Anfechtungsklage mit jener auf Auflösung einer Gesellschaft (Fritzsche II S. 286). Er setzt sich damit allerdings in Widerspruch zu seinen Ausführungen über das obligatorische Wesen des Anfechtungsanspruchs (S. 276); zu den Gestaltungsklagerechten im allgemeinen vgl. Steiner, zit. § 1 N. 5, S. 51 ff.
- 493) S. 83
- 494) vgl. Fritzsche II S. 286
- 495) vgl. Guldener S. 211 ff. insb. N. 26; eine Auflösung einer Gesellschaft oder gar eine Scheidung auf dem Wege der Einrede herbeizuführen, wäre z.B. völlig undenkbar.
- 496) Zu denken ist insbesondere an die Testamentsungültigkeits- und Herabsetzungsklage, die sich gemäss ausdrücklicher gesetzlicher Vorschrift beide durch eine Einrede ersetzen lassen (Art. 521 Abs. 3 und Art. 533 Abs. 3 ZGB); Guldener a.a.O.

Anfechtung ausgeht, nicht von vornherein als unzulässig erachten (497). Da ich die obligatorische Betrachtungsweise befürworte, brauche ich das Problem nicht näher zu untersuchen. Im folgenden gehe ich von der grundsätzlichen Zulässigkeit der Anfechtungseinrede aus.

Damit stellt sich die weitere Frage, ob diese Einrede im Widerspruchsprozess überhaupt ein geeignetes Abwehrmittel gegen eine Drittansprache darstellen kann. Zwischen Einrede und Gegenanspruch muss ein funktionaler Zusammenhang bestehen. Verschiedene Autoren weisen denn auch darauf hin, dass die Anfechtungseinrede wegen ihrer betreibungsrechtlichen Natur nur im Rahmen eines betreibungsrechtlichen Prozesses Platz greifen könne (498). Allein: so richtig diese Aussage sein mag, viel gewonnen ist damit nicht; zu unscharf ist der Begriff der "betreibungsrechtlichen" Klage. Die Lösung ist m.E. anhand einer konkreten Gegenüberstellung von Widerspruchs- und Anfechtungsklage zu suchen:

- Im Widerspruchsprozess will der Dritte gestützt auf sein Eigentum (499) die Entlassung eines Gegenstandes aus der Pfändung bewirken (500). Er macht geltend, die gepfändete Sache gehöre nicht zum Haftungssubstrat des Schuldners.
- Das Ziel der Anfechtung besteht darin, dem zu Verlust gekommenen Gläubiger "den Zugriff auf das vom Schuldner in anfechtbarer Weise veräusserte Vermögen zu

497) vgl. die Lösung von Fritzsche (Bd. II S. 286), der sich mit der vorliegend behandelten Problematik allerdings nicht auseinandersetzt.

498) Favre S. 379; Hangartner S. 93; Blumenstein S. 864

499) Um der Uebersichtlichkeit willen spreche ich im folgenden nur von Eigentum; die Ausführungen gelten sinngemäss für andere Drittrechte.

500) BGE 107 III 118 ff. E. 2 mit Hinweisen; vgl. im übrigen oben § 2 2.1.1. und § 3

verschaffen" (501). Die erfolgreiche Anfechtung berührt die zivilrechtliche Gültigkeit des betroffenen Rechtsgeschäftes nicht. Der Anfechtungsgegner hat einzig zu dulden, dass der fragliche Gegenstand, soweit erforderlich, in die Zwangsvollstreckung gegen den Veräußerer miteinbezogen wird, als ob der Rechtsübergang nie erfolgt wäre (502).

Aus vollstreckungsrechtlicher Perspektive weisen die beiden Verfahren starke Parallelen auf. Beide dienen dazu, festzustellen, ob ein bestimmter Gegenstand dem Zugriff der Betreibungsgläubiger unterliegen könne oder nicht. Beide betreffen mithin die Frage nach dem Umfang des Betreibungssubstrats (503). Die Interessenlage des Drittsprechers entspricht weitgehend jener des Anfechtungsgegners und umgekehrt. Ein Beispiel mag dies veranschaulichen: Der in Zahlungsschwierigkeiten geratene Schuldner X. hat D. seine Segelyacht zu einem "Spottpreis" veräußert und sich gleichzeitig das Recht ausbedungen, die Yacht jederzeit benutzen zu können. B. verlangt die Pfändung der Yacht, mit der Begründung, der Kaufvertrag sei simuliert, das Schiff folglich gar nicht in das Eigentum des D. übergegangen. Im Eventualstandpunkt verfißt er die Meinung, das Veräußerungsgeschäft sei zumindest im Sinne von Art. 286 SchKG anfechtbar.

501) Brand, Anfechtung, S. 184/5 unter Hinweis auf BGE 67 III 185

502) vgl. Brand, SJK 742, S. 2; ders., Anfechtung, S. 186; Amonn S. 427; Blumenstein S. 867 f.; Fritzsche II S. 294 ff.; Favre S. 373; Hangartner S. 61.

Nach Jaeger N. 2 zu Art. 291 SchKG führt die Anfechtung zu einer relativen, d.h. nur zwischen den am Anfechtungsprozess beteiligten Parteien wirksamen Ungültigkeit; zu anderen Theorien vgl. Berz S. 25 ff.. Der Theorienstreit ist im vorliegenden Zusammenhang unerheblich.

503) Der wichtigste betreibungsrechtliche Unterschied liegt darin, dass das Widerspruchsverfahren stets nach der Pfändung erfolgt, während ihr das Anfechtungsverfahren in der Regel vorausgeht; vgl. dazu Fritzsche II S. 294 ff. insb. S. 296

D. wird nicht nur versuchen sein Eigentum nachzuweisen, sondern auch die Anfechtbarkeit zu bestreiten; beides mit dem selben Zweck: die Zwangsverwertung der Yacht zugunsten des B. zu verhindern.

Was den betreibungsrechtlichen Zweck anbelangt, unterscheiden sich die beiden Verfahren mithin kaum. Völlig verschieden sind sie jedoch in bezug auf die materiellen Gründe, auf welche sich Drittansprecher und Anfechtungsgläubiger stützen:

- Der Drittansprecher widersetzt sich der Pfändung mit der Begründung, der fragliche Gegenstand gehöre ihm und nicht dem Schuldner.
- Der Anfechtungsgläubiger dagegen stellt das Dritteigentum gar nicht in Abrede, hält aber dafür, die Sache sei gleichwohl pfändbar, da sie der Dritte in anfechtbarer Weise erworben habe.

Zusammenfassend lässt sich somit festhalten, dass das Widerspruchsverfahren und die paulianische Anfechtung betreibungsrechtlich wohl wesensverwandt, materiell jedoch an völlig verschiedene Voraussetzungen geknüpft sind.

Ob man daraus die Unzulässigkeit der Anfechtungseinrede im Widerspruchsprozess herleiten kann (504), ist schwierig zu beantworten. Man kann in guten Treuen beide Ansichten vertreten. Wenn ich die Praxis ablehne, so hauptsächlich aus folgenden zusätzlichen Ueberlegungen: Aus der Sicht des Anfechtungsgegners bewirkt die erfolgreiche Anfechtung eine

504) so im wesentlichen Lenhard S. 88; die ablehnende Haltung Leuchs (S. 11 f. N. 3) beruht auf der von ihm vertretenen materiellrechtlichen Auffassung von der Natur der Widerspruchsklage und ist insofern wenig aussagekräftig.

eigentliche Dritthaftung. Er hat trotz feststehenden Dreiteigentums die Verwertung seiner Sache zugunsten des Betreibungsschuldners hinzunehmen. Aus schon mehrfach erwähnten systematischen Gründen erachte ich es grundsätzlich als unzulässig, Dritthaftungsverhältnisse im Widerspruchsverfahren abzuklären. Das Widerspruchsverfahren soll nicht dazu dienen, in allen irgendwie mit der Zulässigkeit der Verwertung zusammenhängenden Fragen einen richterlichen Entscheid herbeiführen, sondern soll im Regelfall auf Fragen der Vermögenszugehörigkeit beschränkt bleiben (505). Ich bin mir im klaren, dass man derartige systematische Ueberlegungen nicht übergewichten darf. Allzu leicht liefe man sonst Gefahr, neue sich stellende Fragen in einen "Begriffspanzer" zu zwingen und so zweckmässige Lösungen zu vereiteln. Ein Abweichen von der systematisch richtigen Lösung ist m.E. jedoch nur dort am Platz, wo der Betroffene andernfalls eine Rechtsverkürzung erleiden würde. Diese Gefahr ist vorliegend nicht vorhanden. Der Anfechtungsgläubiger ist nicht darauf angewiesen, seinen Anspruch bereits im Widerspruchsverfahren geltend zu machen (506). Er kann ihn unabhängig davon auf dem Wege der Anfechtungsklage durchsetzen.

In diesem Zusammenhang sei auf die bei der Verwertung von Lebensversicherungen zu beachtende Regel von Art. 4 Abs. 2 VBG hingewiesen: Danach fällt der Versicherungsanspruch aus der Pfändung, wenn der Betreibungsgläubiger die Begünstigung nicht bestreitet oder wenn er erklärt, die Anfechtungsklage anstrengen zu wollen (507). Das Bundesgericht

505) vgl. oben § 2 2.2.1., 2.4. und § 3 b); vgl. auch oben 3. bei N. 438

506) Hierin liegt ein wesentlicher Unterschied zum konkursrechtlichen Kollokationsprozess. Wenn der Anfechtungsgläubiger dort nicht die Möglichkeit hätte, seinen Anspruch einredeweise durchzusetzen, würde er der Möglichkeit der Anfechtung unter Umständen ganz beraubt.

507) vgl. oben § 6 5. d) nach N. 188; Fritzsche II S. 284 mit Hinweisen

ging -- als Verordnungsgeber -- offensichtlich von der Alternativität von Widerspruchs- und Anfechtungsverfahren aus. Jedenfalls bleibt die Anfechtungseinrede unerwähnt, was angesichts der detaillierten Regelung der Fragen in der VBG doch Rückschlüsse auf deren Unzulässigkeit erlaubt (508).

Schliesslich bleibt anzufügen, dass in einzelnen Kantonen die Widerspruchsklage im beschleunigten, die Anfechtungsklage dagegen im ordentlichen Verfahren zu behandeln ist (509). Das kann mitunter dazu führen, dass die Anfechtbarkeit von verschiedenen Instanzen zu beurteilen ist, je nachdem ob der Anfechtungsgläubiger klage- oder einredeweise vorgeht (510).

Aus all diesen Gründen bin in der Meinung, dass die Anfechtungseinrede im Widerspruchsprozess nicht zu hören ist.

c) Sofern es das kantonale Prozessrecht gestattet, ist es ohne weiteres möglich, den Anfechtungsanspruch in einem Widerspruchsprozess als Widerklage geltend zu machen (511). Die Gründe, die gegen die Zulässigkeit der Anfechtungseinrede sprechen, stehen einer Widerklage naturgemäss nicht entgegen. Im Kanton Zürich fehlen indessen die prozessualen Voraussetzungen, da die Anfechtungsklage im ordentlichen, die Widerspruchsklage dagegen im beschleunigten Verfahren zu

508) so auch Lenhard S. 89 N. 45; vgl. auch Art. 7 VBG

509) vgl. Guldener S. 592 N. 2; Brand, Anfechtung, S. 222; für den Kanton Zürich § 22 Abs. 1 Ziff. 3 GVG

510) vgl. den Sachverhalt in BGE 99 III 89 ff., wo der Einzelrichter des Bezirkes Zürich im Rahmen eines Kollokationsprozesses einen umfangreichen "Anfechtungsprozess" zu erledigen hatte.

511) Lenhard S. 88; Fritzsche II S. 287; Hangartner S. 92; Brand, SJK 743, S. 2

beurteilen ist (512).

d) Nach der Rechtsprechung des Bundesgerichts ist es statthaft, einen paulianischen Anfechtungsanspruch durch Vormerkung einer Verfügungsbeschränkung im Sinne von Art. 960 Ziff. 1 ZGB sicherzustellen (513). Ein Dritter, der das dergestalt belastete Grundstück erwirbt, hat dessen Einbezug in die Zwangsvollstreckung in gleichem Masse zu dulden wie der Anfechtungsbeklagte selbst. Entsteht Streit über die Gültigkeit der Verfügungsbeschränkung, ist hierüber ein Widerspruchsverfahren durchzuführen (514). An sich liessen sich gegen die Bereinigung dieser Frage im Widerspruchsverfahren ähnliche Bedenken anführen wie im Falle der Anfechtungseinrede. Hier aber steht kein zweckmässigeres anderes Verfahren zur Verfügung. Insbesondere fällt eine Anfechtungsklage gegen den Erwerber des Grundstücks ausser Betracht, denn damit würde man den Gläubiger zu jenem Verfahren zwingen, das die Verfügungsbeschränkung gerade vermeiden soll. Der Rechtsprechung ist deshalb zuzustimmen.

e) Anfechtungseinreden im Rahmen von Widerspruchsprozessen sind, wie die Entscheide aus neuerer Zeit belegen, recht häufig. Da ich deren Zulässigkeit in Abrede stelle, verzichte ich darauf, ein Urteil zusammenzufassen. Einen guten Ueberblick über die Problematik vermittelt BGE 107 III 118 ff..

512) Sträuli/Messmer N. 9 zu § 60 ZPO; ferner auch N. 3 zu § 25 ZPO

513) BGE 81 III 98 ff. E. 2; Homberger, zit. N. 336, N. 11 zu Art. 960 ZGB

514) BGE a.a.O. E. 3; Böschenstein S. 6 f.; Fritzsche II S. 294 f.; Fritzsche/Walder S. 298/9 N. 99

6. Weiterhaftung nach ehelichem Güterrecht (515)

a) Gemäss Art. 188 Abs. 1 ZGB kann ein Vermögen, aus dem die Gläubiger eines Ehegatten oder der Gemeinschaft bis anhin Befriedigung verlangen konnten, dieser Haftung weder durch güterrechtliche Auseinandersetzung noch durch Wechsel des Güterstandes entzogen werden. Die bisherigen Haftungsverhältnisse bleiben ungeachtet der güterrechtlichen Aenderung weiterbestehen (516). Hat der Wechsel des Güterstandes oder die güterrechtliche Auseinandersetzung einen Eigentumsübergang zur Folge, trifft den Empfänger nach Art. 188 Abs. 2 ZGB sodann eine persönliche, summenmässig auf den Wert der erhaltenen Vermögensobjekte beschränkte Schuldpflicht (517). Sind die Voraussetzungen beider Bestimmungen erfüllt, kann der Gläubiger wählen, ob er in der gegen den einen Ehegatten gerichteten Betreuung die Weiterhaftung von Vermögensobjekten des andern beanspruchen will, oder ob er letzteren, gestützt auf dessen persönliche Schuldpflicht, direkt belangen will. Art. 188 Abs. 2 ZGB erweitert die Möglichkeiten der Gläubiger und hat nicht den Sinn, die Weiterhaftung nach Art. 188 Abs. 1 ZGB auf jene Fälle zu beschränken, in denen kein Eigentumswechsel stattgefunden hat (518).

-
- 515) In Anbetracht der bevorstehenden Revision des Eherechts werde ich die Fragen rund um die Weiterhaftung nach ehelichem Güterrecht nur skizzieren. Das rev. ZGB übernimmt zwar in Art. 193 Abs. 1 und 2 ZGB die Regelung von Art. 188 Abs. 1 und 2 ZGB praktisch wörtlich. Die Weiterhaftung wird aber zufolge der Neuordnung der Güterstände an Bedeutung verlieren; Botschaft Eherecht S. 1296.
- 516) Lemp N. 22 ff. zu Art. 188 ZGB; Schlatter S. 78 ff.; zu den möglichen Fällen Lemp N. 24 ff. zu Art. 188 ZGB
- 517) Im Umfang der summenmässig beschränkten Verpflichtung haftet der Empfänger mit seinem ganzen Vermögen; Lemp N. 50 ff., insb. N. 55 zu Art. 188 ZGB mit zahlreichen Verweisen; Denzler, zit. § 1 N. 24, S. 127/8; Tuor/Schnyder S. 181; a.M. Schlatter S. 83 ff., insb. S. 94, der sich für eine gegenständlich beschränkte Haftung ausspricht. Vgl. zu diesem Unterschied oben § 1 2.2.1.1.
- 518) Lemp N. 22 und 64 zu Art. 188 ZGB mit Hinweisen auch auf abweichende Lehrmeinungen; Schlatter S. 214/5; a.M. Denzler, zit. § 1 N. 24, S. 130/1

b) Die Prüfung der Weiterhaftung erfolgt in verschiedenen Verfahren:

aa) Betreibt der Gläubiger gestützt auf Art. 188 Abs. 2 ZGB den mitverpflichteten Ehegatten, kann dieser die Weiterhaftung als solche oder deren Umfang auf dem Wege des Rechtsvorschlages bestreiten, worauf gegebenenfalls ein Rechtsöffnungs-, Aberkennungs- oder Anerkennungsverfahren über diese Frage durchzuführen ist (519).

bb) Richtet der Gläubiger die Betreibung nach Art. 188 Abs. 1 ZGB gegen den ursprünglich allein verpflichteten Ehegatten, kann er die der Weiterhaftung unterliegenden Gegenstände pfänden lassen, wie wenn die güterrechtlichen Verhältnisse nicht geändert hätten (520). Entgegen der Ansicht Lemp's (521) genügt dazu grundsätzlich ein blosser Antrag. Der Gläubiger ist nicht gehalten, die Weiterhaftung glaubhaft zu machen. Die für Grundstücke geltende Ausnahmebestimmung von Art. 10 Abs. 1 Ziff. 2 VZG lässt sich nicht auf die Pfändung anderer Objekte übertragen (522).

Sind die Voraussetzungen der Weiterhaftung oder deren Umfang streitig, ist darüber nach herrschender Lehre und Rechtsprechung ein Widerspruchsverfahren durchzuführen (523). Die Frage, zu welcher Vermögensmasse ein gepfändeter

519) Lemp N. 59 zu Art. 188 ZGB

520) Lemp N. 44 zu Art. 188 ZGB; Schlatter S. 216/8

521) N. 44 zu Art. 188 ZGB

522) zutreffend Schlatter S. 217; Pedrazzini S. 7; vgl. im übrigen oben § 2 2.1.2.a)

523) BGE 100 Ia 18 ff. E. 6; 65 II 105 ff.; Aufsichtsbehörde Graubünden in BLSchK 47 (1983) Nr. 115 S. 195 ff.; vgl. auch BGE 108 II 85 ff.; Fritzsche/Walder S. 387; Jaeger/Daeniker N. 5 zu Art. 106 SchKG S. 223; Lemp N. 45 zu Art. 188 ZGB; Schlatter S. 205 ff., insb. S. 211/2 und 218 ff., mit ausführlicher Begründung; dagegen Lenhard S. 21; vgl. auch die Hinweise auf abweichende Meinungen bei Schlatter a.a.O.

Gegenstand vor Aenderung der güterrechtlichen Verhältnisse gehörte, fällt als solche der Vermögenszugehörigkeit unzweifelhaft in den Anwendungsbereich des Widerspruchsverfahrens (524). Nicht ohne weiteres verständlich ist dagegen, dass im Widerspruchsverfahren auch die übrigen Voraussetzungen der Weiterhaftung zu prüfen sind (525). Vom betroffenen Ehegatten aus betrachtet, bewirkt Art. 188 Abs. 1 ZGB eine Dritthaftung (526). Mit guten Gründen vergleicht Schlatter (527) die Weiterhaftung mit der Anfechtungsklage nach Art. 285 ff. SchKG. Hier wie dort sind die Gläubiger berechtigt, auf Gegenstände zu greifen, die aus dem Vermögen des Schuldners ausgeschieden sind (528). Dritthaftungsverhältnisse sind grundsätzlich ausserhalb des Widerspruchsverfahrens zu prüfen (529). Es liesse sich ohne weiteres denken, den weiterhaftenden Ehegatten gleich einem Drittpfand Eigentümer durch Zustellung eines Zahlungsbefehls als Partei in das Verfahren miteinzubeziehen (530). Indessen erachte ich es als sinnvoll, alle mit der Weiterhaftung zusammenhängenden Fragen in ein und demselben Verfahren zu klären. Vor allem aber ist zu berücksichtigen, dass Art. 10 Abs. 2 in Verbindung mit Abs. 1 Ziff. 2 VZG das Widerspruchsverfahren für den Fall der

-
- 524) vgl. oben § 2 2.1.1. und § 3 b) sowie § 6 4.c)aa)
525) vgl. dazu Schlatter S. 212; zu diesen Voraussetzungen gehört unter anderem auch das Vorliegen einer Schuld des andern Ehegatten bzw. der Gemeinschaft, die bereits vor Aenderung der güterrechtlichen Verhältnisse bestanden haben muss und in der Zwischenzeit nicht erloschen sein darf; Lemp N. 16 zu Art. 188 ZGB.
526) falls kein Eigentumsübergang erfolgt ist -- z.B. beim Wechsel von eingebrachtem Gut zu Sondergut -- liegt zumindest eine einer Dritthaftung vergleichbare Situation vor; vgl. im übrigen oben § 1 2.2.2.
527) S. 210/1
528) zum Verhältnis von Art. 188 ZGB zu Art. 285 ff. SchKG vgl. ZR 68 (1969) Nr. 145 S. 365 ff.; im Gegensatz zu BGE 54 III 254 ff. E. 1 und teilweise zu 63 III 27 ff.; ferner Lemp N. 68 ff. zu Art. 188 ZGB; vgl. auch BGE 100 Ia 18 ff. E. 6.
529) vgl. oben § 2 2.4.; ferner § 8 3.b)aa) und 5.b) nach N. 504
530) vgl. die Hinweise bei Schlatter S. 206; im übrigen oben § 2 2.4.a) und § 8 3.b)aa) nach N. 435

Grundstückverwertung ausdrücklich vorschreibt. Systematisch mag diese Regelung nicht die Glücklichste sein; gesetzeswidrig ist sie sicher nicht (531). M.E. wäre es wenig zweckmässig, bei der Zwangsverwertung von Fahrnis ein von der in Art. 10 VZG getroffenen Regelung abweichendes Verfahren vorzusehen. Die damit geschaffene Rechtsunsicherheit wäre ein zu hoher Preis für eine systematisch allenfalls richtigere Lösung. Der bundesgerichtlichen Rechtsprechung ist deshalb zuzustimmen. Zu betonen bleibt, dass der betroffene Ehegatte im Widerspruchsverfahren alle ihm nach materiellem Recht zustehenden Einwendungen gegen die Weiterhaftung geltend machen kann (532).

c) Die Bedeutung des Widerspruchsverfahrens um Fragen der Weiterhaftung ist erstaunlich klein. Auf die Wiedergabe eines Entscheides glaube ich -- nicht zuletzt im Hinblick auf die bevorstehende Eherechtsrevision -- verzichten zu können.

.

531) vgl. auch oben § 2 1. bei N. 82

532) Schlatter S. 212

§ 9 Weitere Fragen

1. Nicht behandelte Fälle

a) Die Ausführungen über den Anwendungsbereich des Widerspruchsverfahrens haben ein erkleckliches Ausmass angenommen. Die Aufzählung der einzelnen Rechte ist gleichwohl nicht vollständig:

aa) Gewisse Rechte wie beispielsweise das vielzitierte Verfangenschaftsrecht der Kinder am Vermögen der "altberni-schen Witwe" (533) oder die Berechtigung an der von einem Dritten "zuhanden wes Rechtes" hinterlegten Summe (534) habe ich bewusst weggelassen. Das Widerspruchsverfahren hierüber hat kaum praktische Bedeutung erlangt.

bb) Nicht speziell behandelt habe ich ferner die im Erbrecht wurzelnden Drittrechte. Soweit erbrechtliche An-sprüche einer Zwangsverwertung entgegenstehen, liegt im Hin-blick auf das Widerspruchsverfahren in der Regel kein Son-derfall vor:

- Die gesetzlichen und eingesetzten Erben erwerben die Erbschaft kraft Gesetzes mit dem Tode des Erblassers (535). Vor der Teilung ist die Zwangsvollstreckung nach den für Ge-samthandschaften geltenden Vorschriften durchzuführen (536).

-
- 533) BGE 57 III 172 ff. E. 2; Jaeger/Daeniker N. 5 lit. c) zu Art. 106 SchKG; Bürgi S. 3; Böschenstein S. 6; Len-hard S. 21
- 534) BGE 50 III 76 ff.; Fritzsche/Walder S. 387; Jaeger/Dae-niker N. 5 lit. k) zu Art. 106 SchKG
- 535) Art. 560 ZGB; dazu Tuor/Picenoni, zit. § 7 N. 327, Vor-bemerkungen zum zweiten Abschnitt N. 3
- 536) vgl. dazu oben § 8 1.b) nach N. 363 mit Hinweisen. Zum Widerspruchsverfahren über die Gültigkeit der Ab-tretung eines Erbanteils BGE 88 III 55 ff.; 87 II 218 ff.; vgl. auch BGE 101 II 47 ff. E. 1

Nach der Teilung ist je nach der Art der erworbenen Erbschaftsgegenstände zu verfahren (537).

- Der Anspruch auf Ausrichtung eines Vermächtnisses ist obligatorischer Natur (538). Die Vermächtnisnehmer sind folglich nicht berechtigt, sich der Verwertung der ihnen zugedachten Gegenstände zugunsten der Erbschafts- (539) oder Erbengläubiger auf dem Wege des Widerspruchsverfahrens zu widersetzen (540). Umgekehrt können auch die Erben nicht verhindern, dass die Gläubiger des Bedachten den Vermächtnisanspruch pfänden lassen. Der Anspruch ist gegebenenfalls als bestritten zu verwerten. Sache des Erwerbers ist es dann, sich mit den Erben über die Gültigkeit des Vermächtnisses auseinandersetzen (541). Ist zwischen zwei möglichen

-
- 537) Ist das Teilungsverfahren bereits im Gange, aber noch nicht abgeschlossen, und verlangt ein Gläubiger die Verwertung eines Erbanteils, stellt das Betreibungsamt das in Art. 609 ZGB vorgesehene Begehren um behördliche Mitwirkung bei der Teilung; BGE 110 III 46 ff.
- 538) Art. 562 Abs. 1 ZGB; Tuor/Picenoni, zit. § 7 N. 327, N. 2 zu Art. 562 ZGB; Escher Arnold, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, 2. Abt., Der Erbgang, 3. Aufl., Zürich 1960, N. 1 ff. zu Art. 562 ZGB
- 539) Die Gläubiger des Erblassers haben ihren Vorrang gegenüber den Vermächtnisnehmern (Art. 564 Abs. 1 ZGB) nicht im Widerspruchs-, sondern erst im Kollokationsverfahren durchzusetzen. Vgl. Escher, zit. N. 538, N. 4 zu Art. 564 ZGB; Tuor/Picenoni, zit. § 7 N. 327, N. 5 zu Art. 564 ZGB
- 540) Zum in der Lehre umstrittenen Verhältnis von Vermächtnisnehmern und Erbengläubigern vgl. Tuor/Picenoni, zit. § 7 N. 327, N. 9 zu Art. 564 ZGB; Tuor/Schnyder S. 445/6; Escher, zit. N. 538, N. 6 ff. zu Art. 564; alle mit Hinweisen.
Die Frage nach der Rangordnung zwischen Vermächtnisnehmern und Erbengläubigern kann nie Gegenstand eines Widerspruchsverfahrens bilden, wie immer man sie auch beantworten will. Erst nach erfolgter Verwertung stellt sich heraus, ob der Erlös zur Befriedigung aller Gläubiger ausreicht oder nicht. Im Falle eines ungenügenden Ergebnisses ist die Rangordnung mithin im Kollokationsverfahren zu beurteilen; Art. 146/8 SchKG.
- 541) vgl. dazu oben § 6 2.1.c) vor N. 78 mit Hinweisen

Bedachten streitig, wem das Vermächtnis zustehe, oder behauptet ein Dritter, der Vermächtnisnehmer habe ihm seinen Anspruch abgetreten, ist hierüber ein Widerspruchsverfahren nach den für Forderungen geltenden Regeln durchzuführen (542).

- Hingewiesen sei schliesslich noch auf einen systematisch schwierig zu erfassenden Sonderfall: Unter Vorbehalt des Pflichtteilsschutzes kann der Erblasser einem Erben die Verfügungsmacht über die Erbschaft in der Weise entziehen, dass er ihm nur die Erträgnisse zur freien Verfügung zuwendet, mit der Verwaltung und Verwahrung des Vermögens jedoch einen Willensvollstrecker beauftragt (543). Eine derartige Verwaltungsbefugnis geht dem Zugriffsrecht der Gläubiger des Erben vor (544). Entsprechend ist der Willensvollstrecker kraft eigenen Rechts legitimiert, sich der Verwertung der fraglichen Gegenstände im Widerspruchsverfahren zu widersetzen (545).

542) oben § 6 2.1.

543) BGE 51 II 49 ff. E. 3 und 5; ZR 33 (1934) Nr. 142 S. 309 E. 2; Escher Arnold, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, 1. Abt., Die Erben, 3. Aufl., Zürich 1959, N. 22 zu Art. 518 ZGB; Tuor Peter, Kommentar zum Schweizerischen Zivilgesetzbuch, Das Erbrecht, 1. Abt., Die Erben, 2. Aufl., Bern 1952, N. 40 zu Art. 518 ZGB.

Eine derartige Anordnung des Erblassers lässt sich aus der Sicht des Betroffenen mit einer Verwaltungsbeiratschaft im Sinne von Art. 395 Abs. 2 ZGB vergleichen; dazu oben § 6 4. bei N. 165.

544) ZR 33 (1934) Nr. 142 S. 312; Escher, zit. N. 543, N. 23 zu Art. 518; Tuor, zit. N. 543, Vorbemerkungen zum fünften Abschnitt N. 7; offengelassen, da für den Ausgang des Verfahrens nicht entscheidend, in BGE 59 III 121 ff. E. 2. Zu den Rechten der Gläubiger im Falle einer Pflichtteilsverletzung vgl. Art. 524 Abs. 1 ZGB.

545) BGE 59 III 121 ff. E. 2; Fritzsche/Walder S. 387; Lenhard S. 21; Stocker I S. 11; Jaeger/Daeniker N. 5 lit. b) zu Art. 106 SchKG; Bürgi S. 4.

Zur Parteistellung des Willensvollstreckers BGE 94 II 141 ff. E. 1 mit umfassenden Hinweisen; vgl. auch BGE 108 II 535 ff. E. 2.a)

cc) Denkbar ist schliesslich, dass sich jemand auf ein bis anhin nie aktuell gewordenes Drittrecht beruft. Ob dieses dem Zugriff der Betreibungsgläubiger vorgeht oder nicht, ist nach den anfangs des dritten Teils dieser Arbeit dargestellten allgemeinen Grundsätzen zu entscheiden (546).

b) Einige Autoren nennen in Anlehnung an die deutsche Literatur als weiteren Anwendungsfall des Widerspruchsverfahrens das sogenannte "bessere Recht auf Besitz" (547). Danach soll der obligatorische Anspruch auf Sachrückgabe eines Dritten, der nicht zugleich Eigentümer der Sache ist, den Rechten der Pfändungsgläubiger vorgehen (548). Nach Jaeger (549) könnte eine andere Lösung "zu ganz unhaltbaren Situationen" führen. M.E. besteht indessen kein Anlass, vom Grundsatz, dass obligatorische Rechte einer Zwangsverwertung nicht entgegenstehen (550), abzuweichen. Es ist nicht einzusehen, weshalb man eine einzelne Kategorie von obligatorisch Berechtigten in dieser Weise privilegieren sollte. Wenn sich der Eigentümer der Zwangsvollstreckung nicht widersetzen will, wird er allenfalls schadenersatzpflichtig. Der obligatorisch Berechtigte kann ein derartiges Verhalten aber ebenso wenig verhindern wie eine vertragswidrige Veräusserung der Sache durch den Eigentümer. Die von Jaeger befürchteten "unhaltbaren Situationen" sind im Uebrigen offensichtlich nicht eingetreten. Mir ist jedenfalls kein publizierter Entscheid über ein auf das "bessere Recht auf Besitz" gestütztes Widerspruchsverfahren bekannt.

546) oben § 5

547) Jaeger N. 5 zu Art. 106 SchKG S. 333; Amonn S. 192; Favre S. 203; Ramer S. 66/7, insb N. 97, mit Hinweisen

548) So soll sich z.B. der Mieter, der die Sache untervermietet hat, der Verwertung derselben zugunsten der Gläubiger des Untermieters widersetzen können.

549) a.a.O.

550) dazu oben § 5 2. c) bei N. 15 und e); gl.A. Fritzsche/Walder S. 366; Lenhard S. 17 f.

Möglich ist immerhin, dass der Dritte im Sinne einer Geschäftsführung ohne Auftrag ein Widerspruchsverfahren im Namen des Eigentümers führt (551).

2. Drittansprachen und Kognition des Betreibungsamtes

a) Nach feststehender Lehre und Rechtsprechung darf das Betreibungsamt die Einleitung eines Widerspruchsverfahrens nicht verweigern, wenn es die Drittansprache für unbegründet erachtet. Hierüber zu entscheiden, bleibt dem Richter vorbehalten (552). Das Amt hat selbst dann nach Art. 106 ff. SchKG zu verfahren, wenn es die Drittansprache für wahrheitswidrig hält (553), so beispielsweise wenn ein Ehegatte einen im eingereichten Ehevertrag nicht erwähnten Gegenstand zu Eigentum anspricht (554), oder wenn das Amt als registerführende Behörde weiss, dass ein angeblicher Eigentumsvorbehalt nicht eingetragen ist.

Eine Ausnahme von diesem Grundsatz ist indessen dann angezeigt, wenn die Drittansprache offensichtlich unbegründet ist. Gleich wie das Betreibungsamt die Pfändung bei offensichtlichem Dritteigentum verweigern darf (555), muss es m.E. auch haltlose Drittansprachen unberücksichtigt lassen können. Wie dort ist seine Kognition indessen auf solche Fälle zu beschränken, in denen die Rechtslage völlig klar ist, in denen -- mit andern Worten -- ein Beharren auf der Durchführung des Widerspruchsverfahrens geradezu rechtsmissbräuchlich wäre (556).

551) ebenso Fritzsche/Walder a.a.O.

552) BGE 80 III 69 ff. S. 72; Aufsichtsbehörde Genf in BLSchK 47 (1983) Nr. 103 S. 143 f. E. 1; 46 (1982) Nr. 49 S. 192 ff.; Stocker I S. 3; Böschenstein S. 2; Fritzsche/Walder S. 362; Amonn S. 189 N. 4 und S. 191 N. 9

553) Mustersammlung S. 255

554) Fritzsche/Walder S. 362 unter Hinweis auf BLSchK 47 (1983) Nr. 103

555) vgl. oben § 2 2.1.2.b) mit Hinweisen

556) vgl. oben a.a.O. vor N. 111

b) Dem Betreibungsamt fehlt nach dem Gesagten die Befugnis, zu entscheiden, ob eine Drittansprache begründet sei. Hingegen darf und muss es vor Einleitung des Widerspruchsverfahrens nebst den formellen Voraussetzungen auch prüfen, ob das angemeldete Drittrecht überhaupt in den Anwendungsbereich des Widerspruchsverfahrens falle. Wenn sich der Dritte auf ein Recht stützt, das, selbst wenn es bestehen sollte, nicht geeignet ist, die Zwangsverwertung auszuschliessen oder zurückzudrängen, wäre die Durchführung eines Widerspruchsverfahrens sinnlos. Der Richter könnte nur feststellen, was ohnehin gelten würde. Bei derartigen "unechten" Drittansprachen hat das Betreibungsamt kein Widerspruchsverfahren zu eröffnen (557). Hievon hat es ferner dann abzusehen, wenn das fragliche Recht nach Gesetz oder Praxis in einem andern Verfahren abzuklären ist (558).

Zu betonen bleibt, dass das Betreibungsamt die Rechtsnatur des angemeldeten Drittrechtes nur unter dem Gesichtspunkt der Anwendbarkeit des Widerspruchsverfahrens prüfen darf. Die Beantwortung dieser Frage hängt nicht vom Bestand des angeblichen Drittrechtes ab und ist insofern abstrakt. Ein Beispiel mag dies verdeutlichen: Macht der Dritte geltend, der Betriebene habe ihm die gepfändete Sache verkauft, aber noch nicht übergeben, so mag seine Behauptung durchaus zutreffen; allein: sein obligatorisches Recht auf Uebertra-

-
- 557) BGE 80 III 69 ff. S. 72; Aufsichtsbehörde Genf in BlSchK 46 (1982) Nr. 49; Stocker I S. 3; Böschstein S. 2; Mustersammlung S. 255; Lenhard S. 66; abweichend BGE 59 III 124, wo dem Betreibungsamt die Kognition in dieser Frage ohne Begründung abgesprochen wird.
- 558) Von Gesetzes wegen sind z.B. Drittpfandverhältnisse durch Rechtsvorschlag geltend zu machen; der Dritteigentümer kann die Frage der Pfandhaft nicht auch noch im Widerspruchsverfahren beurteilen lassen; vgl. dazu oben § 2 2.4.a); wichtigstes Beispiel aus der Rechtsprechung bildet die Prüfung der Gläubigerschaft bei Lohnforderungen, welche im Prätendentenstreit erfolgen soll; vgl. oben § 6 2.2.

gung der Kaufsache steht der Zwangsverwertung von vornherein nicht entgegen (559). Ein Widerspruchsverfahren darüber durchzuführen, wäre zwecklos. Stellt er sich dagegen auf den Standpunkt, der Betriebene habe ihm das Eigentum ohne Uebergabe des Besitzes übertragen (Art. 924 Abs. 1 ZGB), hat das Betreibungsamt das Widerspruchsverfahren selbst dann einzuleiten, wenn Anzeichen dafür bestehen, dass der Eigentumsübergang nach Art. 717 Abs. 1 ZGB unwirksam ist (560).

Die Betroffenen können die Verfügung des Betreibungsamtes über die Einleitung eines Widerspruchsverfahrens auf dem Beschwerdeweg den Aufsichtsbehörden unterbreiten (561). Im Widerspruchsprozess hingegen können sie die Zulässigkeit des Verfahrens nicht erneut überprüfen lassen. Entgegen der Ansicht Jaegers (562) ist der Richter an den Entscheid der Betreibungsbehörden grundsätzlich gebunden (563). Erachtet er

559) vgl. oben § 5 2.c)

560) vgl. auch den illustrativen Sachverhalt in BGE 80 III 69 ff., wonach kein Widerspruchsverfahren einzuleiten ist, wenn sich der Ehemann nach der Scheidung der Pfändung von eingebrachtem Frauengut mit der Begründung widersetzt, es liege eine Sondergutsschuld vor.

561) Bsp. einer Beschwerde gegen die Nichteinleitung eines Widerspruchsverfahrens BLSchK 47 (1983) Nr. 103 S. 143/4; Bsp. einer Beschwerde gegen die fehlerhafte Einleitung des Verfahrens BGE 80 III 69 ff.; besonders häufig finden sich derartige Beschwerdefälle bei Streitigkeiten um gepfändete Lohnforderungen, die nach der hier abgelehnten Praxis nicht im Widerspruchsverfahren, sondern im Prätendentenstreit zu behandeln sind; vgl. z.B. BGE 86 III 57 ff. E. 3; 66 III 42 ff.

562) N. 5 zu Art. 107 S. 346; gl.M. Wagner S. 78;

563) vgl. Lenhard S. 66 f. und 91 f. mit überzeugender Begründung; die Entscheide BGE 48 III 49 ff., 40 III 138 ff. E. 3 und 24 II 489, die die Meinung Jaegers zu bestätigen scheinen, sind durch BGE 62 III 42 ff. überholt. Alle diese Urteile betreffen im übrigen die Frage, ob die Verwirkung des Widerspruchsrechts wegen verspäteter Anmeldung auch noch im Prozess geltend gemacht werden könne. Die Ansichten über die Rechtsnatur dieser "Verwirkung" haben sich im Laufe der Zeit derart stark gewandelt, dass sie heute auch aus diesem Grund nicht

die Einleitung des Widerspruchsverfahrens als nichtig, hat er m.E. -- gleich wie bei einer nichtigen Pfändung -- den Prozess zu sistieren und die Aufsichtsbehörden um einen Entscheid zu ersuchen. Falls die Nichtigkeit ausser Zweifel steht und der Pfändungsbeschluss auch im Falle einer abweichenden Ansicht der Aufsichtsbehörden nicht aufrechterhalten bleiben kann (564), kann er indessen die materielle Behandlung der Klage ohne Weiterungen sofort ablehnen (565). Ist die fehlerhafte Einleitung des Widerspruchsverfahrens lediglich als anfechtbar zu qualifizieren, fällt eine Ueberprüfung der Frage durch den Richter ausser Betracht (566).

c) Die umschriebene Aufteilung der Kompetenzen zwischen Richter und Betreibungsbehörden ist im Normalfall durchaus zweckmässig. Konsequenter angewendet, könnte sie hingegen in

mehr als präjudiziell gelten können; vgl. die gute Zusammenfassung in BGE 104 III 42 ff.; ferner BGE 109 III 22 ff. und 109 III 58 ff.; vgl. auch Fritzsche/Walder S. 369, welche unter Hinweis auf B1SchK 47 (1983) Nr. 80 S. 73 ff. anführen, ein trotz verspäteter Ansprache eingeleitetes Widerspruchsverfahren sei anfechtbar, nicht etwa nichtig.

- 564) Diese Situation kann sich insbesondere im Widerspruchsverfahren nach Art. 109 SchKG einstellen, da dort die Pfändung dahinfällt, wenn der Gläubiger nicht fristgerecht ein gutheissendes Urteil vorweisen kann; vgl. BGE 96 III 111 ff. E. 4.c)
- 565) vgl. für die entsprechenden Fragen im Falle einer nichtigen Pfändung BGE 96 III 111 ff.; 84 III 141 ff.; Fritzsche/Walder S. 375 N. 53; Stocker II S. 10. Die dortige Lösung lässt sich ohne weiteres auf den vorliegenden Fall übertragen.
- 566) ob die fehlerhafte Einleitung eines Widerspruchsverfahrens anfechtbar oder nichtig sei, hängt vom Einzelfall ab und ist hier nicht näher zu untersuchen. Für den praktisch wichtigen Fall umstrittener Lohnforderungen möchte ich Anfechtbarkeit annehmen. Leitet das Betreibungsamt -- richtigerweise (!) -- das Widerspruchsverfahren ein, darf der Richter m.E. die materielle Behandlung der Klage nicht unter Hinweis auf die Bundesgerichtspraxis ablehnen; vgl. aber auch BGE 66 III 42 ff., wo das Bundesgericht ein bereits eingeleitetes Widerspruchsverfahren von Amtes wegen aufhob, obwohl nur die Parteirollenverteilung strittig war.

manchen Fällen zu unüberwindbaren Schwierigkeiten führen. Die theoretisch leicht von einander abgrenzbaren Fragen nach der abstrakten Natur eines Drittanspruchs einerseits und nach dem konkreten Bestand dieses Rechtes andererseits lassen sich nämlich praktisch oft kaum auseinanderhalten. Man denke nur an den Fall eines nach der Pfändung eingetragenen Eigentumsvorbehaltes: Hier könnte man sagen, der Zeitpunkt der Registrierung sei für die konkrete Beurteilung der Gültigkeit des Eigentumsvorbehaltes ausschlaggebend. Ebenso gut aber könnte man den Standpunkt einnehmen, ein nachträglich eingetragener Eigentumsvorbehalt sei in der Zwangsvollstreckung generell nicht zu beachten.

Die Rechtsprechung hat sich für eine pragmatische Lösung dieses Problems entschieden. Ohne sich mit den theoretischen Fragen auseinanderzusetzen, hat sie in solchen Grenzfällen die Bereinigung aller mit dem Vorrang des fraglichen Rechtes zusammenhängenden Fragen in das Widerspruchsverfahren verwiesen (567). Diese Praxis ist zu begrüßen, mag sie theoretisch auch nicht ganz "lupenrein" sein. Man kann den Parteien nicht zumuten, den Streit über die hier kaum trennbaren Fragen nach Natur und Bestand des Drittrechtes vor zwei verschiedene Behörden auszutragen.

Im Laufe dieser Arbeit habe ich an verschiedener Stelle auf derartige Grenzfälle hingewiesen. Nebst dem bereits erwähnten nachträglich registrierten Eigentumsvorbehalt sind zu nennen:

- das Aussonderungsrecht nach Art. 401 OR (568);

567) vgl. für den Fall des Eigentumsvorbehaltes oben § 8 2.e); BGE 101 III 23 ff. E. 2

568) oben § 6 6.d); ZR 69 (1970) Nr. 22; das Zürcher Obergericht hat sich hier in materieller Beurteilung einer Widerspruchsklage mit der Frage auseinandergesetzt, ob sich das Aussonderungsrecht auch auf Grundstücke erstrecke.

- Fragen des "Durchgriffs" (569);
- Pfandrechte zur Sicherung künftiger Forderungen (570);
- Gültigkeit einer ausländischen Mobiliarhypothek (571);
- Vorrang einer Verfügungsbeschränkung im Sinne von Art 960 ZGB gegenüber der Zwangsvollstreckung (572).

Eine Analyse dieser Fälle zeigt, dass der Betreibungsbeamte das Widerspruchsverfahren immer auch dann einzuleiten hat, wenn ihm dessen Anwendbarkeit aus materiellrechtlichen Gründen zweifelhaft erscheint. Er soll sich nicht mit komplexen materiellrechtlichen Fragen auseinandersetzen müssen. Als "Grenzfälle" im Sinne der genannten Rechtsprechung fallen mithin alle Rechte in Betracht, deren Verhältnis zu den Zugriffsrechten der Pfändungsgläubiger unklar ist. Als Faustregel lässt sich festhalten, dass sich der Betreibungsbeamte im Zweifel für die Durchführung eines Widerspruchsverfahrens entscheiden soll (573).

3. Die Sonderregelung von Art. 108 SchKG

a) Aus Art. 107 Abs. 4 SchKG lässt sich durch Umkehrschluss herleiten, dass ein Drittsprecher sein Recht nach der Verteilung des Erlöses nicht mehr auf dem Wege des Widerspruchsverfahrens durchsetzen kann. Unerheblich ist da-

569) vgl. oben § 6 1.c); Pr. 66 (1977) Nr. 17 S. 45 ff.

570) vgl. oben § 7 1.d) vor N. 275

571) vgl. oben § 7 1.a); BLSchK 46 (1982) Nr. 49 S. 192 ff.

572) vgl. oben § 7 3. vor N. 336; BGE 72 III 6 ff. E. 1

573) Wenn das fragliche Recht offensichtlich nicht in den Anwendungsbereich des Widerspruchsverfahrens fällt und es dennoch zu einem Prozess kommt, kann der Richter m.E. die materielle Behandlung des Prozesses -- allenfalls nach Begrüssung der Aufsichtsbehörden -- ablehnen; vgl. oben N. 564. Andernfalls hat er die Klage anhandzunehmen.

bei, ob er von der Betreibung Kenntnis hatte oder nicht. Auch wenn ihm keine Nachlässigkeit zur Last fällt, kann das Widerspruchsverfahren nach Abschluss der Betreibung nicht mehr Platz greifen (574). Art. 108 SchKG stellt in diesem Zusammenhang klar, dass diese zeitliche Begrenzung des Widerspruchsverfahrens die Rechte des früheren Besitzers einer unfreiwillig abhanden gekommenen Sache nicht tangiert. Dieser bleibt ungeachtet der erfolgten Zwangsverwertung berechtigt, die Sache jedem Erwerber abzufordern (575). Bei gutem Glauben des Erwerbers hat er die Rückforderungsklage innert fünf Jahren, vom Verlust der Sache an gerechnet, zu erheben (576); bei bösem Glauben ist sie an keine Frist gebunden (577).

Nach Stocker (578) soll die Besitzesrechtsklage nur zulässig sein, wenn es der Kläger "ohne eigenes Verschulden" unterlassen hat, sein Recht im Widerspruchsverfahren durch-

-
- 574) Pr. 69 (1980) Nr. 294 S. 774 ff. E. 1; BGE 88 III 109 ff. E. 2; 98 III 64 ff.; Amonn S. 193 f.; Jaeger N. 19 zu Art. 107 SchKG; Favre S. 197; Böschenstein S. 168; Bürgi S. 7
- 575) Favre S. 196; Fritzsche/Walder S. 368 Rz. 16; Jaeger N. 1 zu Art. 108 SchKG; Amonn S. 194; zur sachenrechtlichen Regelung im einzelnen Stark N. 2 ff. zu Art. 934 ZGB; Tuor/Schnyder S. 518 ff.
- 576) Art. 934 Abs. 1 ZGB; Jaeger N. 1 zu Art. 108 SchKG; Tuor/Schnyder S. 521; Stark N. 28/9 zu Art. 934 ZGB
- 577) Art. 936 Abs. 1 ZGB; Stark N. 28 zu Art. 934 und N. 16 zu Art. 936 ZGB.
Bei Bösgläubigkeit des Erwerbers ist die besitzesrechtliche Rückforderungsklage nicht an die Voraussetzung eines unfreiwilligen Besitzesverlustes geknüpft (Art. 936 Abs. 1 ZGB); ebensowenig ist die in Art. 935 ZGB für Geld und Inhaberpapiere vorgesehene Ausnahme zu beachten. Der frühere Besitzer kann alle Sachen zurückverlangen, ohne an eine Frist gebunden zu sein. Die Zwangsverwertung kann auch in den von Art. 108 SchKG nicht erwähnten Fällen nicht zu einem Rechtserwerb des Bösgläubigen führen; Jaeger N. 1 zu Art. 108 SchKG S. 355; Amonn S. 195; Pedrazzini S. 40; Tuor/Schnyder S. 520/1; BGE 103 II 186 ff.; a.M. Blumenstein S. 382.
- 578) Stocker I S. 13

zusetzen. Hieran ist einzig richtig, dass Art. 108 SchKG nicht den Sinn hat, den früheren Besitzer vom Widerspruchsverfahren auszuschliessen. Die Besitzesrechtsklage ist ein zusätzlicher, nicht ein subsidiärer Rechtsbehelf (579). Im übrigen aber findet die Ansicht Stockers keine Stütze im Gesetz. Auch fehlt ihr eine innere Rechtfertigung. Es ist nicht einzusehen, weshalb das "verschuldete" Unterlassen einer Drittansprache zu einer Verwirkung der in Art. 934 ff. ZGB vorgesehenen Rückforderungsklagen führen sollte. Dass Art. 108 SchKG lediglich eine Ausnahme von Art. 107 Abs. 4 SchKG darstelle, wie Stocker unter Hinweis auf Blumenstein zur Begründung anführt (580), ist aus zwei Gründen ungenau: Zunächst kann auch der frühere Besitzer nach Abschluss der Betreibung nicht mehr auf dem Wege des Widerspruchsverfahrens vorgehen. Er ist auf die spezifischen Klagen des Sachenrechts verwiesen. Hinsichtlich des Widerspruchsverfahrens gilt somit auch für ihn die zeitliche Begrenzung von Art. 107 Abs. 4 SchKG (581). Vor allem aber stellt Art. 108 SchKG nur fest, was auch ohne ausdrückliche Erwähnung gelten müsste: dass nämlich auch die Zwangsverwertung dem Erwerber kein Eigentum an abhanden gekommenen Sachen verschaffen kann

579) Stocker I a.a.O.; Blumenstein S. 382; Amonn S. 195 N. 25; Favre S. 196; Jaeger N. 1 zu Art. 108 SchKG.

Im Widerspruchsverfahren ist dabei gegebenenfalls auch über die Höhe der vom Ansprecher zu erstattenden Gegenleistung im Sinne von Art. 934 Abs. 2 ZGB zu befinden.

580) Stocker I a.a.O. N. 18, Blumenstein S. 382. Blumenstein weist im übrigen wohl auf den Ausnahmecharakter von Art. 108 SchKG hin, erwähnt aber keine Verwirkungsfolgen.

581) Auch die arglistige Verzögerung einer Drittansprache führt -- unter Vorbehalt eines gutgläubigen Rechtserwerbs durch den Ersteigerer -- nicht zu einem materiellen Rechtsverlust, sondern hat nur eine Verwirkung des betreibungsrechtlichen Widerspruchsrechts zur Folge; Amonn S. 194 N. 22; Fritzsche/Walder S. 369 N. 29; vgl. ferner BGE 109 III 58 ff. E. 2.a) = Pr. 73 (1984) Nr. 41 S. 96 ff.; Pr. 72 (1983) Nr. 126 S. 345 ff.; BGE 104 III 42 ff.

(582). Inwiefern die Bestimmung von Art. 108 SchKG Ausnahmecharakter haben soll, bleibt unter diesen Umständen unerfindlich. Der frühere Besitzer muss deshalb in jedem Fall berechtigt sein, eine Besitzesrechtsklage anzustrengen, ohne dass es darauf ankäme, weshalb er sein Recht nicht bereits im Widerspruchsverfahren durchzusetzen versucht hat.

b) Nach Art. 108 2. Satz SchKG gilt der Freihandverkauf als "öffentliche Steigerung" im Sinne von Art. 934 Abs. 2 ZGB. Damit wird erreicht, dass der gutgläubige Erwerber die Sache unabhängig von der Verwertungsart nur gegen Erstattung des bezahlten Preises herauszugeben hat (583). Damit in einem solchen Fall nicht eine ungerechtfertigte Bereicherung des Betriebenen eintritt, muss dem früheren Besitzer zusätzlich zur Besitzesrechtsklage gestattet sein, sein Recht am Verwertungserlös im Sinne von Art. 107 Abs. 4 SchKG im Widerspruchsverfahren geltend zu machen (584). War auch der Betriebene nur gegen Bezahlung des Preises zur Herausgabe verpflichtet, fällt diese Möglichkeit naturgemäss ausser Betracht.

-
- 582) vgl. zum Grundsatz, wonach die Zwangsverwertung nur verschaffen kann, worüber der Betriebene auch rechtsgeschäftlich hätte verfügen können, oben § 5 2.b) nach N. 9
- 583) Blumenstein S. 382; Amonn S. 195 N. 25; Fritzsche/Walder S. 368 N. 23; Stark N. 36 zu Art. 934 ZGB; zum Lösungsrecht im allgemeinen ders. N. 35 ff. zu Art. 934 ZGB
- 584) Jaeger N. 1 zu Art. 108 SchKG S. 355; Amonn S. 195 N. 25; Favre S. 196

Anhang: Gesetzesrevisionen

1. Teilrevision des SchKG's

a) In den Jahren 1972 bis 1975 prüfte eine Studienkommission des Eidgenössischen Justiz- und Polizeidepartements (1) die Frage, ob und allenfalls in welchem Umfang das SchKG revisionsbedürftig sei. Ueberzeugende Argumente für eine Totalrevision fanden sich keine. Namentlich rechtsvergleichende Untersuchungen sprachen gegen eine grundlegende Aenderung des geltenden Schuldbetreibungsrechtes (2). Hingegen befürwortete die Kommission eine Teilrevision; eine solche dränge sich angesichts verschiedener noch hängiger parlamentarischer Vorstösse auf; sodann gelte es, den Anregungen aus Lehre und Rechtsprechung Rechnung zu tragen (3).

Gestützt auf dieses Ergebnis setzte der damalige Vorsteher des EJPD's, Bundesrat Kurt Furgler, am 3. Dezember 1976 eine Expertenkommission "für die Gesamtüberprüfung des SchKG" unter dem Vorsitz von Dr. Lutz Krauskopf ein (4). Der Ansicht der Studienkommission folgend entschied sich die Expertenkommission einstimmig für eine Teilrevision (5). Nach

-
- 1) im folgenden EJPD
 - 2) Bericht S. 6/7; Krauskopf Lutz, Schwerpunkte der Revision des SchKG, in "Der Schweizer Treuhänder" 11 (1982) S. 4 ff., S. 4/5
 - 3) Bericht S. 7; Krauskopf a.a.O.
 - 4) Bericht S. 8; die Aufgabe der Kommission umschrieb Bundesrat Furgler wie folgt: "Ueberprüfung des Schuldbetreibungs- und Konkursgesetzes im Lichte der hängigen parlamentarischen und privaten Vorstösse, weiterer Revisionsbegehren aus Literatur und Praxis sowie Ihrer eigenen Erfahrung. Gegebenenfalls Unterbreitung eines formulierten und vernehmlassungsreifen Vorentwurfs mit Schlussbericht"; Bericht S. 9.
 - 5) Die "in einem gewachsenen System zu Rechtsgewohnheiten erstarkten" Gesetzesbestimmungen, "welche die in sie gesetzten Erwartungen erfüllten", sollten "nicht ohne Not geändert werden (...). Was sich bewährt hat, soll nur durch Besseres ersetzt werden"; Bericht S. 9.; Krauskopf, zit. N. 2, S. 5.

fünffähriger Arbeit reichte sie im Dezember 1981 dem EJPD ihren Vorentwurf samt Schlussbericht ein (6).

Am 7. April 1982 ermächtigte der Bundesrat das EJPD, das Vernehmlassungsverfahren über den im wesentlichen übernommenen Vorentwurf (7) einzuleiten. Nach einer schriftlichen Auskunft des Bundesamtes für Justiz vom 12. Juli 1985 sollten die Revisionsarbeiten departementsintern bis Ende 1985 abgeschlossen sein; Entwurf und Botschaft des Bundesrates seien in den ersten Monaten des Jahres 1986 zu erwarten; in der auf diesen Entscheid folgenden Session der Eidgenössischen Räte werde die vorberatende Kommission des Erstrates bestellt, worauf das Parlament den zeitlichen Ablauf der Revision festzulegen habe. Da die SchKG-Revision -- ohne deren Bedeutung herabmindern zu wollen -- sicher nicht zu den heute vordringlichsten Aufgaben des Parlaments zählt, dürften noch einige Jahre bis zur Erledigung des Geschäftes verstreichen. Die Verabschiedung der Vorlage dürfte kaum vor 1990 erfolgen.

b) Der VE SchKG stellt eine "umfangreiche materielle und formelle Teilrevision" des geltenden Schuldbetreibungsrechts dar (8):

- In formeller Hinsicht hat die Kommission die bisherige systematische Gliederung des Gesetzes sowie die bestehende Artikelfolge beibehalten. Neu hat sie sämtliche Artikel mit Randtiteln versehen. Sprachliche "Retouchen" nahm sie nur dort vor, wo sich der Sprachgebrauch des letzten Jahrhunderts nicht mehr mit dem heutigen in Einklang bringen liess (9).

6) Krauskopf, zit. N. 2, S. 5

7) Krauskopf, zit. N. 2, S. 6

8) so Krauskopf, zit. N. 2, S. 5

9) Bericht S. 12/3

- Die materiellen Aenderungen des Entwurfes näher zu erörtern, ist hier kein Raum (10). Es sei lediglich kurz auf jene allgemeinen Neuerungen hingewiesen, die auch für das Widerspruchsverfahren von Bedeutung sein können (11):

- Erweiterte Rechtshilfe unter den Organen der Zwangsvollstreckung(12);
- Einführung der Staatshaftung (13);
- Einheitliche Regelung des Beschwerdeverfahrens vor den kantonalen Aufsichtsbehörden (14);
- Neuordnung der gewerbsmässigen Vertretung der Parteien (15);
- Neuregelung der Wahrung, Verlängerung und Wiederherstellung von Fristen (16);
- Anpassung der Betreibungsferien an die Gerichtsferien am Bundesgericht (17);
- Umfassende Regelung des Rechtsvorschlages (18);

-
- 10) vgl. zu den Grundzügen des Vorentwurfs Bericht S. 11/2 und Krauskopf, zit. N. 2, S. 6; ferner Dickmann Martin, Aenderung der Gläubigerrechte durch die SchKG-Revision, in "Der Schweizer Treuhänder" 11 (1982) S. 48/9.
 - 11) Die Bestimmungen über das Widerspruchsverfahren behandle ich unten c) und d)
 - 12) Art. 4 VE SchKG; Bericht S. 15
 - 13) Art. 5 bis 7a VE SchKG; Bericht S. 15/6
 - 14) Art. 15 Abs. 2 VE SchKG sowie Vorentwurf der Expertenkommission vom Dezember 1981 betreffend Vorschriften über das Beschwerdeverfahren vor den kantonalen Aufsichtsbehörden für Schuldbetreibung und Konkurs; Bericht S. 18
 - 15) Art. 27 VE SchKG; Bericht S. 27/8
 - 16) Art. 32 und Art. 33 VE SchKG; Bericht S. 22/4; für das Widerspruchsverfahren ist namentlich Art. 33 Abs. 4 VE SchKG von Bedeutung, welcher die Aufsichtsbehörde oder die in der Sache zuständige richterliche Behörde ermächtigt, eine schuldlos verpasste Frist wiederherzustellen; eine Möglichkeit, die z.B. bei einer verspätet eingereichten Widerspruchsklage aktuell werden kann.
 - 17) Art. 56 Ziff. 2 VE SchKG; Bericht S. 29
 - 18) Art. 75 VE SchKG; Bericht S. 34/5; beachtenswert ist, dass die Bestreitung eines Pfandrechtes auf dem Wege des begründeten Rechtsvorschlages nunmehr ausdrücklich geregelt ist (Art. 75 Abs. 2 VE SchKG); zur Retentionsbetreibung Art. 283 Abs. 5 VE SchKG.

- Anpassung der Bestimmungen über die Lastenbereinigung an die Terminologie des Zivilrechts sowie Uebernahme gewisser Regeln der VZG in das Gesetz (19)
- Verdeutlichung der Rechtsstellung des Dritteigentümers in der Betreuung auf Pfandverwertung (20);
- Einspracheverfahren in der Arrestbetreuung (21);
- ausdrückliche Erwähnung der Anfechtungseinrede (22).

c) In bezug auf das Widerspruchsverfahren beschränkt sich der Entwurf im wesentlichen darauf, die geltende Regelung klarer zu gliedern sowie gewisse im SchKG nicht geregelte, bisher von der Praxis gelöste Fragen zu kodifizieren (23). Zurecht weist die Kommission darauf hin, dass sich das Widerspruchsverfahren des geltenden Rechts "gut eingeführt" und "im allgemeinen bewährt" hat (24). Grundlegend neu sind einzig die bundesrechtliche Regelung der Gerichtsstandsfrage

-
- 19) Art. 140 bis Art. 142 VE SchKG; Bericht S. 49/50
 - 20) Art. 153 Abs. 2 VE SchKG, welcher ausdrücklich bestimmt, dass der Dritte "wie der Schuldner" Rechtsvorschlag erheben kann; Bericht S. 52.
 - 21) Art. 278 VE SchKG; Bericht S. 92/3. Das "schnittige" Einspracheverfahren soll die "stumpfe" Arrestaufhebungsklage ersetzen; so Krauskopf, zit. N. 2, S. 9. Der Kreis der zur Einsprache legitimierten Beteiligten ist gegenüber der Arrestaufhebungsklage erheblich erweitert. Namentlich ist auch ein allfälliger Drittansprecher berechtigt, die Voraussetzungen des Arrestes zu bestreiten; vgl. zum Ganzen Wenzel Urs, Arrestrecht und SchKG-Revision, in "Der Schweizer Treuhänder" 11 (1982) S. 54 ff., insb. S. 56
 - 22) Art. 292 Abs. 2 VE SchKG, wonach die Einrede im Gegensatz zur Klage keiner Verjährung unterliegen soll.
 - 23) So erfahren z.B. das Problem des Gewahrsams und seiner Ersatztatbestände (Art. 107 Abs. 1 Ziff. 1 bis 3 VE SchKG) sowie die Verwirkung des Widerspruchsrechts bei absichtlicher Verzögerung der Anmeldung (Art. 106 Abs. 2 2. Satz VE SchKG) eine der heutigen Bundesgerichtspraxis entsprechende Regelung.
 - 24) Bericht S. 44

(25) sowie die Bestimmung, dass der Widerspruchsprozess kraft Bundesrechts im beschleunigten Verfahren zu führen sei (26).

Da der Vorentwurf zur Zeit noch wenig verbreitet ist, gebe ich die Bestimmungen über das Widerspruchsverfahren (Art. 106 bis Art. 109) im Wortlaut wieder:

E. Ansprüche Dritter

1. Vormerkung

Art. 106

¹ Wird geltend gemacht, einem Dritten stehe am gepfändeten Gegenstand das Eigentum, ein Pfandrecht oder ein anderes Recht zu, das der Pfändung entgegensteht oder im weiteren Verlauf des Vollstreckungsverfahrens zu berücksichtigen ist, so merkt das Betreibungsamt den Anspruch des Dritten in der Pfändungsurkunde vor oder zeigt ihn, falls die Urkunde bereits zugestellt ist, den Parteien besonders an.

² Dritte können ihre Ansprüche anmelden, solange der Erlös aus der Verwertung des gepfändeten Gegenstandes noch nicht verteilt ist. Sie verwirken dieses Recht, wenn sie die Anmeldung absichtlich verzögern.

³ Nach der Verwertung bleibt dem Dritten vorbehalten, die Ansprüche, wie sie ihm nach Zivilrecht bei Diebstahl, Verlust oder sonstigem Abhandenkommen einer beweglichen Sache (Art. 934 und 935 ZGB) und bei bösem Glauben des Erwerbers (Art. 936 und 974 Abs. 3 ZGB) zustehen, ausserhalb des Betreibungsverfahrens geltend zu machen. Als öffentliche Versteigerung im Sinne von Artikel 934 Absatz 2 des Zivilgesetzbuches gilt dabei auch der Freihandverkauf nach Artikel 130 des vorliegenden Gesetzes.

25) Art. 109 Abs. 1 bis 3 VE SchKG; die Klage ist jenachdem am Betreibungsort, am Wohnsitz des Beklagten oder am Ort der gelegenen Sache anzubringen. Es ist hier nicht der Ort, die Zweckmässigkeit der getroffenen Lösung zu diskutieren. Die bundesrechtliche Regelung dieser Frage, einer der umstrittensten auf dem Gebiete des Widerspruchsverfahrens, ist jedenfalls zu begrüessen.

26) Art. 109 Abs. 4 2. Satz VE SchKG

2. Durchsetzung

a. Bei ausschliesslichem Gewahrsam des Schuldners

Art. 107

¹ Bezieht sich der Anspruch des Dritten auf:

1. eine bewegliche Sache im ausschliesslichen Gewahrsam des Schuldners,
2. eine Forderung oder ein anderes Recht und ist die Berechtigung des Schuldners wahrscheinlicher als diejenige des Dritten,
3. ein Grundstück und ergibt er sich nicht aus dem Grundbuch,

so wird dem Schuldner und dem Gläubiger eine Frist von zehn Tagen angesetzt, innert welcher sie den Anspruch beim Betreibungsamt bestreiten können.

² Wird der Anspruch nicht bestritten, so gilt er in der betreffenden Betreibung als anerkannt.

³ Wird er bestritten, so fordert das Betreibungsamt den Dritten auf, binnen zehn Tagen gegen den Bestreitenden auf Feststellung seines Anspruchs zu klagen. Kommt der Dritte dieser Aufforderung nicht nach, so fällt sein Anspruch in der betreffenden Betreibung ausser Betracht.

b. bei Gewahrsam oder Mitgewahrsam des Drittansprechers

Art. 108

¹ Befindet sich die gepfändete bewegliche Sache im Gewahrsam oder Mitgewahrsam des Drittansprechers oder ist dessen Berechtigung am beanspruchten Recht wahrscheinlicher als diejenige des Schuldners oder ergibt sich der Anspruch des Dritten aus dem Grundbuch, so fordert das Betreibungsamt den Gläubiger auf, innert zehn Tagen gegen den Dritten auf Aberkennung des Anspruchs zu klagen.

² Kommt der Gläubiger dieser Aufforderung nicht nach, so gilt der Anspruch in der betreffenden Betreibung als anerkannt.

c. Gerichtsstand

Art. 109

¹ Beim Gericht des Betreibungsortes sind anzubringen:

1. Klagen nach Artikel 107 Absatz 3;
2. Klagen nach Artikel 108 Absatz 1, sofern der Beklagte Wohnsitz im Ausland hat und Staatsverträge nichts anderes vorsehen.

² Richtet sich die Klage nach Artikel 108 Absatz 1 gegen einen Beklagten mit Wohnsitz in der Schweiz, so ist sie an dessen Wohnsitz anzubringen.

³ Bezieht sich der Anspruch auf ein Grundstück, so ist die Klage in jedem Fall beim Gericht des Ortes anzubringen, wo das Grundstück oder dessen wertvollster Teil liegt.

⁴ Das Gericht hat dem Betreibungsamt den Eingang und die Erledigung der Klage anzuzeigen. Der Prozess wird im beschleunigten Verfahren geführt.

⁵ Bis zur Erledigung der Klage bleibt die Betreibung mit Bezug auf die streitigen Gegenstände eingestellt und die Fristen des Artikels 116 stehen still.

d) Was den Anwendungsbereich des Widerspruchsverfahrens im besonderen anbelangt, übernimmt der Vorentwurf die geltende Praxis, wonach sämtliche Rechte, die der Zwangsvollstreckung vorgehen oder dabei zu berücksichtigen sind, Gegenstand einer Drittansprache bilden können (27). Ebenso stellt er klar, dass das Widerspruchsverfahren nicht auf bestimmte Pfändungsobjekte beschränkt bleibt (28). Nachfolgend

27) Bericht S. 44; zur Praxis oben § 5 1. und 4. bei N. 39. Als Beispiele solcher Drittrechte nennt Art. 106 Abs. 1 VE nach wie vor Eigentum und Pfandrecht; m.E. eine unnötige Konzession an den geltenden Gesetzestext. Nicht ganz glücklich ist sodann die Umschreibung der weiteren möglichen Drittrechte: "ein anderes Recht, das der Pfändung entgegensteht oder im weiteren Verlauf des Vollstreckungsverfahrens zu berücksichtigen ist". Derartige Drittrechte stehen nicht der Pfändung, sondern nur der Zwangsverwertung entgegen. An der Zulässigkeit der Pfändung von Objekten, deren Vermögenszugehörigkeit umstritten ist, will der VE nichts ändern; so der unveränderte Art. 95 Abs. 3 VE SchKG. Als überflüssig erachte ich schliesslich die Klausel "im weiteren Verlauf des Vollstreckungsverfahrens".

Vorzuziehen wäre folgende Formulierung: "Wird geltend gemacht, einem Dritten stehe ein Recht zu, das der Zwangsverwertung entgegensteht oder dabei zu berücksichtigen ist, so merkt das Betreibungsamt..." usw..

28) Art. 106 Abs. 1 VE SchKG spricht nicht mehr von "Sache", sondern von "Gegenstand". Jeden Zweifel bezüglich des Vermögensobjektes beseitigt sodann Art. 107 Abs. 1 Ziff. 2 VE SchKG, welcher im Zusammenhang mit der Parteirollenverteilung "eine Forderung oder ein anderes Recht" nennt.

sei die Regelung des Vorentwurfs einer kurzen Würdigung unterzogen:

- Mit guten Gründen hat die Kommission darauf verzichtet, die Rechte, die der Zwangsverwertung vorgehen, näher zu umschreiben. Welchen Rechten eine solche Wirkung zukommt, ist eine Frage des materiellen Rechts, in welches das Zwangsvollstreckungsrecht ohne zwingende Gründe nicht eingreifen soll (29).

- Nachdem die Zulässigkeit des Widerspruchsverfahrens um Forderungen im VE SchKG nunmehr ausdrücklich erwähnt ist (30), bleibt m.E. kein Raum mehr für das vom Bundesgericht für Lohnforderungen vorgesehene -- hier bereits für das geltende Recht abgelehnte -- Ersatzverfahren (31).

- Nach wie vor offen bleibt die Frage, ob der Dritteigentümer das Retentionsrecht des Vermieters auf dem Wege des Widerspruchsverfahrens bestreiten müsse - wie dies der heutigen Praxis entspricht -- oder ob er durch Zustellung eines Zahlungsbefehls als Partei in das Verfahren miteinzubeziehen sei (32). Eine gesetzliche Lösung des Problems drängt sich m.E. auf. Ich möchte folgende Regelung vorschlagen:

-- Art. 282 Abs. 2 VE SchKG (neu): "Steht die retinierte Sache im Eigentum eines Dritten, ist diesem eben-

29) vgl. oben § 5 2. b); vgl. ferner Bericht S. 42/3, wo die Kommission eine Beschränkung "stiller" Lohnzessionen durch betriebsrechtliche Vorschriften als zu grossen Eingriff in das materielle Recht ablehnt.

30) Art. 106 Abs. 1 in Verbindung mit Art. 107 Abs. 1 Ziff. 2 VE SchKG

31) vgl. oben § 6 2.2.; die Kommission hat sich in ihrem Bericht nur mit der Frage der "stillen" Zession (Bericht a.a.O.), nicht jedoch mit jener nach der Zulässigkeit des Widerspruchsverfahrens bei Lohnforderungen auseinandergesetzt.

32) zu diesem Problem oben § 8 3. b) bb); ob Art. 153 Abs. 2 VE SchKG auch in der Retentionsbetriebsführung spielt, ist wie im geltenden Recht unklar.

falls ein Zahlungsbefehl zuzustellen.

Er kann Rechtsvorschlag erheben wie der Schuldner."

-- Art. 282 Abs. 2 VE SchKG wird neu zu Abs. 3.

-- Erwähnung des Dritteigentümers in Art. 283 Abs. 5 VE SchKG ("Erhebt der Schuldner **oder ein Dritteigentümer** (...) Rechtsvorschlag, ...").

- Obwohl die Bestimmung an sich nur die Verjährung betrifft, ist anzunehmen, dass die ausdrückliche Erwähnung der Anfechtungseinrede in Art. 292 Abs. 2 VE SchKG deren Zulässigkeit im Widerspruchsprozess "zementieren" wird (33).

- Als Mangel empfinde ich das Fehlen einer allgemein verbindlichen Regelung des bei auf einen Eigentumsvorbehalt gestützten Drittansprachen einzuschlagenden Verfahrens. Das heute in lediglich behördenverbindlichen Kreisschreiben "normierte" Verfahren wäre m.E. zumindest auf Verordnungsstufe zu regeln (34).

Gesamthaft gesehen erachte ich die Lösung des Vorentwurfs als gelungen. Die weiteren Probleme rund um das Widerspruchsverfahren, die ich im Laufe meiner Arbeit aufzuzeigen suchte, sind entweder materiellrechtlicher Natur oder dann so speziell, dass es der Praxis überlassen bleiben muss, sie im Einzelfall zu lösen (35). Eine detailliertere Regelung des Widerspruchsverfahrens wäre deshalb abzulehnen.

33) vgl. dazu oben § 8 5. b)

34) vgl. zum Ganzen oben § 8 2.b)

35) Insofern ist meine Arbeit "revisionsbeständig".

2. Eherechtsrevision

a) Nach umfangreichen Vorarbeiten verabschiedeten die Eidgenössischen Räte im Jahre 1984 die erste Gesetzesvorlage im Rahmen der in zwei Etappen geplanten Eherechtsrevision (36). Ein Komitee unter Federführung Nationalrat Blochers ergriff hiegegen das Referendum. Die Volksabstimmung wird am 22. September 1985 stattfinden. Bei einem positiven Ausgang wird der Bundesrat das Gesetz gemäss Auskunft des Bundesamtes für Justiz frühestens in der zweiten Hälfte des Jahres 1987 inkraftsetzen, da die erforderlichen Anpassungsarbeiten erfahrungsgemäss rund zwei Jahre in Anspruch nähmen (37).

b) Im Zusammenhang mit dem Widerspruchsverfahren ist namentlich die Neuordnung des Güterrechts von Bedeutung:

- Neuer ordentlicher Güterstand ist die Errungenschaftsbeteiligung, bei welcher es sich im wesentlichen um eine Gütertrennung mit gegenseitiger Vorschlagsbeteiligung handelt (38). Die in der Vorlage vorgesehene Unterscheidung von Eigengut und Errungenschaft der Ehegatten wirkt sich nur bei der güterrechtlichen Auseinandersetzung aus. Auf die Haftungsverhältnisse hat sie keinen Einfluss. Jeder Ehegatte haftet für alle seine Schulden mit seinem ganzen Vermögen (39). Eine der Sondergutshaftung vergleichbare, auf das Ei-

36) Bundesgesetz vom 5. Oktober 1984 über die Aenderung des Schweizerischen Zivilgesetzbuches (Wirkungen der Ehe im allgemeinen, Ehegüterrecht und Erbrecht); zur Vorgeschiedte Botschaft Eherecht S. 1225 ff.

37) Schreiben des Bundesamtes für Justiz, Dienst für Verfahrensrecht, vom 12. Juli 1985.

Nachtrag Juni 1986: Die Eherechtsvorlage wurde mit 921'593 ja gegen 762'962 nein deutlich angenommen. Der Bundesrat hat am 22. Januar 1986 beschlossen, das Gesetz am 1. Januar 1988 inkraftzusetzen; AS 1986 I 152/3.

38) Art. 181 und Art. 196 ff. rev. ZGB; Botschaft Eherecht S. 1218/9, 1238/40, 1285/6 und 1304 ff.

39) Art. 202 rev. ZGB; dazu Botschaft Eherecht S. 1310/1; unter gewissen Voraussetzungen kann hingegen jeder Ehegatte den andern durch seine Handlungen mitverpflichten; Art. 166 Abs. 3 rev. ZGB; Botschaft Eherecht S. 1257/8.

gengut beschränkte Haftung entfällt (40), weshalb -- anders als bei der Güterverbindung -- keine betreibungsrechtliche Spezialregelung erforderlich ist. Jeder Ehegatte ist im übrigen -- wie irgendein Drittsprecher -- berechtigt, sein Eigengut und seine Errungenschaft auf dem Wege des Widerspruchsverfahrens dem Zugriff der Gläubiger des andern Ehegatten zu entziehen. Da das neue Eherecht die Handlungsfähigkeit der Ehefrau nicht mehr beschränkt (41), wird die Bestimmung von Art. 107 Abs. 5 SchKG gegenstandslos. Sie soll deshalb aufgehoben werden (42).

- Die Gütertrennung bleibt vertraglicher wie auch ausserordentlicher gesetzlicher Güterstand (43). Betreibungsrechtliche Besonderheiten ergeben sich keine (44).

- Bei der Gütergemeinschaft (45) unterscheidet die Gesetzesvorlage neu zwischen Eigen- und Gesamtgut (46). Anders als bei der Errungenschaftsbeteiligung bleibt hier jedoch die Abgrenzung der beiden Vermögensmassen haftungsrechtlich von Bedeutung. In Anlehnung an die bisherigen Bestimmungen über die Haftung der Ehefrau, sieht das revidierte ZGB für Mann und Frau eine umfassende Haftung für Vollschulden einerseits (47), eine auf das Eigengut und die Hälfte des Wertes des Gesamtgutes beschränkte Haftung für sogenannte Ei-

40) Bei keinem der Güterstände des revidierten Eherechts ist Sondergut vorgesehen; vgl. Botschaft Eherecht S. 1300/1.

41) Art. 168 rev. ZGB; Botschaft Eherecht S. 1207 ff. und 1261

42) Ziff. II.3. der Gesetzesvorlage; Botschaft Eherecht S. 1430

43) Art. 185 ff. und Art. 247 ff. rev. ZGB; Botschaft Eherecht S. 1288 ff. und S. 1343/5

44) Zu erwähnen ist immerhin das für alle Güterstände aufgehobene Zwangsvollstreckungsverbot unter den Ehegatten; Botschaft Eherecht S. 1267/9

45) Art. 221 ff. rev. ZGB; Botschaft Eherecht S. 1326 ff.

46) Art. 221 rev. ZGB; Botschaft Eherecht S. 1327/8

47) Art. 233 rev. ZGB

gensschulden anderseits (48) vor. Diese Regelung erfordert eine Anpassung der Vorschriften des SchKG's. Die Vorlage ersetzt deshalb Art. 68^{bis} SchKG durch zwei neue Artikel unter dem abgeänderten Titel "Betreibung eines in Gütergemeinschaft lebenden Ehegatten" (49). Die darin getroffene Lösung orientiert sich weitgehend an den heute für die Betreibung gegen die Ehefrau geltenden Vorschriften: So kann ein Gläubiger nur dann Befriedigung aus dem Gesamtgut verlangen, wenn er die Betreibung gegen beide Ehegatten richtet und je einen rechtskräftigen Zahlungsbefehl vorlegen kann (50). Ferner ist der Einwand, es liege keine Voll-, sondern nur eine Eigenschuld vor, durch begründeten Rechtsvorschlag zu erheben (51). Neu ist die ausdrückliche Erwähnung des Widerspruchsverfahrens. Nach Art. 68b Abs. 1 rev. SchKG kann sich jeder Ehegatte der Pfändung seines Eigengutes zugunsten der Gläubiger des andern im Widerspruchsverfahren widersetzen (52). Richtet sich die Betreibung nur gegen einen Ehegatten, sind ferner beide Ehegatten mit dem Einwand, der gepfändete Gegenstand gehöre zum Gesamtgut, zum Widerspruchsverfahren legitimiert (53).

- Die Güterverbindung ist im Entwurf nicht mehr enthalten (54). Gleichwohl wird sie noch während Jahren nicht völ-

-
- 48) Art. 234 rev. ZGB; vgl. zum Ganzen Botschaft Eherecht S. 1335/6
- 49) Art. 68a und b SchKG in der revidierten Fassung (im folgenden rev. SchKG); vgl. Ziff. II.3. der Vorlage; Botschaft Eherecht S. 1375
- 50) Art. 68a Abs. 1 in Verbindung mit Art. 68b Abs. 2 rev. SchKG
- 51) Art 68a Abs. 3 rev. SchKG
- 52) Ein Recht, das ihm selbstverständlich auch ohne besondere gesetzliche Erwähnung aufgrund der allgemeinen Regelung des Widerspruchsverfahrens zustehen würde.
- 53) Art. 68b Abs. 2 VE SchKG; vgl. zum Widerspruchsverfahren bei Haftungsbeschränkungen nach ehelichem Güterrecht oben § 6 4. c) aa)
- 54) die in zwei Vernehmlassungen vorgeschlagene Lösung, die Güterverbindung als vertraglichen Güterstand beizubehalten, fand keine Zustimmung; vgl. Botschaft Eherecht S. 1231.

lig von der juristischen "Bildfläche" verschwinden. Gemäss Art. 9e Schlusstitel rev. ZGB können Ehegatten, die bisher in Güterverbindung lebten, innert Jahresfrist nach Inkrafttreten des neuen Rechts beim Güterrechtsregisteramt gemeinsam schriftlich erklären, den bisherigen Güterstand beibehalten zu wollen (55). Die Betreibung gegen die Ehefrau richtet sich diesfalls weiterhin nach den Regeln von Art. 68^{bis} SchKG in der heutigen Fassung, welche als Uebergangsrecht Gültigkeit behalten (55). Wie bis anhin kann die Frage, ob ein Vermögenswert dem eingebrachten Frauengut oder dem Sondergut zugehöre, Gegenstand eines Widerspruchsverfahrens bilden (56).

- Was schliesslich die Weiterhaftung nach ehelichem Güterrecht betrifft, übernimmt die Vorlage in Art. 193 die heute in Art. 188 Abs. 1 und 2 ZGB verankerte Regelung. Die praktische Bedeutung der Vorschrift und damit auch des Widerspruchsverfahrens über diese Frage wird sich indessen verringern (57).

55) Botschaft Eherecht S. 1366/7; gemäss Art. 9e Abs. 3 Schlusstitel rev. ZGB untersteht das Sondergut den neuen Bestimmungen über die Gütertrennung.

55) Botschaft Eherecht S. 1375

56) vgl. oben § 6 4. c) aa)

57) Botschaft Eherecht S. 1296; vgl. im übrigen oben § 8 6.

L e b e n s l a u f

geboren am:	28. Mai 1955
1962 - 1968:	Primarschule in Winterthur
1968 - 1974:	Gymnasium Winterthur
21. September 1974:	Matura Typus B
1975 - 1980:	Studium der Rechtswissenschaft an der Universität Zürich
10. Dezember 1980:	lic.iur.
Januar 1982 - Januar 1984:	Auditor / ao. Gerichtssekretär am Bezirksgericht Winterthur
18. Juni 1984:	Zürcher Fähigkeitszeugnis für den Rechtsanwaltsberuf
Mai - Juli 1984	ao. Gerichtssekretär am Obergericht des Kantons Zürich
August 1984 - Juli 1985:	Ausarbeiten der Dissertation
August 1985 - Juni 1986:	Studium an der Harvard Law School, Cambridge, U.S.A.
5. Juni 1986:	LL.M.
9. Juli 1986:	Dr.iur.

* * * * *

